m

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Chriſtian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Univerſität in Erlangen.

Sechszehnten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1815.

(35)

Lib. XVIII. Tit. II.

De in diem addictione.

§. 1001.

Begriff des *pacti addictionis in diem*. Was iſt ein beſſerer Käufer?

Zu den Nebenverträgen des Kaufcontracts gehört ferner VII. das pactum addictionis in diem, wodurch zwiſchen den Contrahenten verabredet wird, daß der abgeſchloſſene Kauf nur unter der Bedingung gelten, oder gültig bleiben ſolle, wenn ſich innerhalb einer gewiſſen Zeit kein beſſerer Käufer finden würde [1]). Dieſer Vertrag kann ſowohl ſuſpenſiv als reſolutiv hinzugefügt werden. Doch ſtreitet für das letztere die Vermuthung [2]).

L. 1.

1) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. Die Leſeart *adiectio in diem*, die man in einigen Exemplaren der Pandecten findet, iſt unrichtig, wie ſchon *Ant.* AUGUSTINUS Lib. III. Emendat. cap. 3. bemerkt hat. Das Wort *adiicere* wird von dem Käufer gebraucht, welcher ein beſſeres Gebot thut, oder die von dem neuen Käufer angebotenen beſſeren Bedingungen erfüllen will. *L.* 4. §. 1. *L.* 7. *L.* 19. *D. h. t.* Von dem Verkäufer hingegen ſagt man *addicere*, oder auch *collocare*, welches hier eben ſoviel, als rem addicere emtori, heißt. *L.* 11. *D. h. t.* *Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 35. D. de minor. §. 1. p. 246.

2) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

L. 1. *D. h. t.* In diem addictio ita fit: *ille fundus centum eſto tibi emtus, niſi ſi quis intra calendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino* [3]) *abeat.*

L. 2. *pr. D. eodem.* Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emtio eſt, ſed ſub conditione reſolvitur; an vero conditionalis ſit magis emtio, quaeſtionis eſt? Et mihi videtur verius, intereſſe, quid actum ſit. Nam ſi quidem hoc actum eſt, *ut meliore allata conditione diſcedatur*, erit pura emtio, quae ſub conditione reſolvitur: ſin autem hoc actum eſt, *ut per-*

3) Man ſtreitet ſich, auf wen das *domino* geht. Accurſius verſteht darunter den Käufer, und erklärt dieſe Formel von einer reſolutiven Bedingung. Ihm ſtimmt auch *Iac.* LABITTUS in Indicis Pandectar. uſu. Cap. IV. §. 12. (in WIELING *Iurispr. reſtituta* Tom. II. pag. 82) bey. Andere hingegen verſtehen unter dem dominus den Verkäufer, und erklären die Formel von einer ſuſpenſiven Bedingung; z. B. WIELING in Praetermiſſis ad *Labittum* pag. 226. ſq. und BERGER Reſolution. Legg. obſtant. pag. 317. Noch andere glauben, der *dominus* könne ſowohl der Käufer als Verkäufer ſeyn, je nachdem der Vertrag entweder ſuſpenſiv oder reſolutiv hinzugefügt worden iſt. Die Worte: *quo res a domino abeat*, ſollen alſo ſoviel heißen: daß die Sache dadurch demjenigen, welcher vorher davon Eigenthümer war, abgefordert werde. So erklären *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. und Weſtphal vom Kaufe §. 714. Die Erklärung des Accurſius iſt aber wohl die richtigſte, da der Vertrag gewöhnlich als reſolutiv beygefügt wird. Man ſehe auch *Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 38 D. ad Leg. Falcid. §. 8. pag. 282. und *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 18.

perficiatur emtio, niſi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis.

L. 2. §. 4 D. pro emtore. Si in diem addictio facta ſit, id eſt, *niſi ſi quis meliorem conditionem attulerit*, perfectam eſſe emtionem, — JULIANUS putabat: alii, et hanc *ſub conditione* eſſe contractam: ille non contrahi, ſed *reſolvi* dicebat: quae ſententia vera eſt.

Unter einem beſſern Käufer wird hier überhaupt derjenige verſtanden, welcher dem Verkäufer vortheilhaftere Bedingungen anbietet. Ein ſolcher iſt nun nicht nur derjenige, welcher ein höheres Gebot thut, ſondern auch derjenige, welcher zwar ein gleiches Gebot thut, aber gleich baare Zahlung leiſten will, oder wenn er auch ein noch geringeres Gebot, als der erſte, thut, aber von dem Verkäufer keine Evictionsleiſtung verlangt, oder wenigſtens auf keiner Cautionsleiſtung deshalb beſteht, und überhaupt dem Verkäufer diejenigen beſchwerlichen Bedingungen erlaſſen will, unter welchen der Kauf mit dem erſtern Käufer geſchloſſen worden iſt.

L. 4. §. 6. D. h. t. Melior autem conditio adferri videtur, ſi pretio ſit additum. Sed et ſi nihil pretio addatur, ſolutio tamen offeratur facilior pretii, vel maturior; melior conditio adferri videtur. Praeterea ſi locus opportunior ſolvendo pretio dicatur, aeque melior conditio allata videtur; et ita POMPONIUS *lib. IX. ex Sabino* ſcribit. Idem ait et ſi perſona idoneior accedat ad emtionem, aeque videri meliorem conditionem allatam. Proinde, ſi quis accedat eiusdem pretii emtor, ſed qui levioribus emat conditionibus, vel qui ſatisdationem nullam exigat, melior

conditio allata videbitur. Ergo idem erit probandum, etſi viliori pretio emere ſit paratus, ea tamen remittat, quae venditori gravia erant in priore emtione.

L. 5. D. eodem. Quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliore conditione haberi debet.

Keineswegeſ aber iſt es als beſſeres Gebot anzuſehen, wenn von dem neuen Käufer eine gleiche Summe geboten wird, und der Verkäufer nun, wenn er den neuen Käufer annähme, die Früchte gewinnen würde, welche der erſte Käufer unterdeſſen gezogen hat. Denn dieſer Vortheil kommt nicht von dem neuen Käufer her, ſondern iſt nur eine Wirkung des Vertrags, wenn ſich wirklich ein beſſerer Käufer findet.

L. 14. §. 5. D. h. t. Non tamen ideo, ſi tantumdem pretium alius det, hoc ipſo, quod fructus eum non ſequantur, qui ſecuturi eſſent priorem emtorem, melior conditio videtur allata: quia non id agitur inter emtorem et venditorem.

Eben ſo wenig iſt es für ein beſſeres Gebot zu halten, wenn der auf der einen Seite angebotene Vortheil auf der andern Seite wieder gehoben wird. Dahin gehört z. B. wenn der neue Käufer für den angebotenen höheren Preis von dem Verkäufer verlangt, daß er noch einige Sachen zulege, welche dem erſtern Käufer nicht waren mit verkauft worden. Ein Anderes wäre, wenn dieſe Zugabe weniger werth wäre, als was der neue Käufer mehr an Gelde geben will. Dahin gehört ferner, wenn zwar der neue Käufer ein höheres Gebot thut, aber das Kaufgeld nicht gleich, ſondern zu einer Zeit bezahlen will,

will, binnen welcher der Verkäufer durch die Zinſen des von dem erſten Käufer gleich baar bezahlten Kaufgeldes eben ſo viel oder wohl noch mehr gewinnen kann.

L. 15. §. 1. *D. eodem.* Si fundus in diem addictus fuerit pluris, ut quaedam ei accedant, quae non acceſſerint priori emtori, ſi non minoris ſint hae res, quam quo pluris poſtea fundus venierit, prior venditio valet; quaſi melior conditio allata non ſit, *ſi minoris ſint*[4]). Idemque aeſtimandum eſt, ſi dies longior pretii ſolvendi data fuerit, ut quaeratur, quantum ex uſura eius temporis capi potuerit.

§. 1002.

Wirkungen des pacti addictionis in diem. Wenn iſt dieſer Vertrag von Wirkung?

Die Wirkungen dieſes Vertrags beſtehen darin[5]):

A) Iſt der Vertrag ſuſpenſiv beygefügt worden, ſo iſt, ſo lange die Zeit, binnen welcher ſich kein beſſerer Käufer melden muß, noch nicht verſtrichen iſt, der Kauf ſo gut, als nicht geſchloſſen. Es geht daher auch

4) Unſer Erlanger Codex lieſet hier: *ſi minoris non ſit res.* Haloander hat: *ſi minoris: non.* Faſt alle Ausleger kommen jedoch darin überein, daß man: *ſi non minoris ſint*, leſen müſſe. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. POTHIER Pand. Iuſtin. h. t. Nr. VIII. not. d. und Weſtphal §. 722.

5) *Chr. Henr.* BREUNING Diſp. de obligatione emtionis venditionis, cui adiectum pactum addictionis in diem ſub conditione ſuſpenſiva, ſi melior conditio non offeratur. *Lipſiae 1779.* und *S. I.* G. BEHRENS Commentat. de periculo et commodo rei ſub lege addictionis in diem venditae. *Kiliae 1793.* 8.

auch das Eigenthum nicht auf den Käufer über, wenn ihm auch ſchon die Sache übergeben worden iſt. Er wird nicht einmal in die Lage zu uſucapiren verſetzt. Er kann ſich daher auch keine Früchte zueignen. Dagegen trägt er auch die Gefahr der Sache nicht.

L. 4. pr. D. h. t. Ubi autem conditionalis venditio eſt, negat POMPONIUS uſucapere eum poſſe, nec fructus ad eum pertinere.

Tritt hingegen 2) die Bedingung ein, das heißt, es hat ſich binnen der beſtimmten Zeit kein beſſerer Käufer gefunden[6]); ſo wird nun erſt der Kauf, jedoch rückwärts, gültig, als ob er gleich anfangs unbedingt geſchloſſen worden wäre. Wäre daher auch der Käufer oder der Verkäufer unterdeſſen geſtorben, ſo ſind dennoch die Erben den Contract zu halten verbunden. Auch die unterdeſſen gezogenen Früchte behält der Käufer wegen der zurückwirkenden Kraft der eingetretenen Bedingung, und darf

6) Hierher gehört auch der Fall, wenn der Verkäufer vor Ablauf der zum beſſern Gebot geſetzten Zeit ſtarb, und nun nach ſeinem Tode ſich zwar ein beſſerer Käufer fand, aber entweder gar kein Erbe da war, der das beſſere Gebot annehmen konnte, oder der Erbe ſich noch nicht über die Annehmung der Erbſchaft erklärt hatte; ſondern die Erbſchaft erſt nach Ablauf der beſtimmten Zeit antrat. Hier iſt der erſte Kauf gültig. *L. 15. pr. D. h. t.* Si praedio in diem addicto, ante diem venditor mortuus ſit, ſive poſt diem heres ei exiſtat, ſive omnino non exiſtat: *priori praedium emtum eſt, quia melior conditio allata, quae domino placeat, intelligi non poteſt*, cum is, qui vendat, non exiſtat. Weſtphal vom Kauf §. 726. tadelt dieſe Entſcheidung ganz ohne Grund.

darf ſie nicht herausgeben [7]). Von dem Augenblick an, wo die Bedingung exiſtirte, kann nun auch eine Verjährung Statt finden [8]), und die Gefahr der Sache geht jetzt auf den Käufer über. Jedoch iſt dieſes nur von dem periculo interitus zu verſtehen. Denn wäre die Sache, während die Bedingung noch pendens war, blos zufällig deteriorirt worden, ſo trägt der Käufer den Schaden, wenn nachher die Bedingung zur Wirklichkeit kommt [9]).

L. 8. pr. D. de peric. et commodo rei vend. Perfecta emtione periculum ad emtorem reſpiciet. — Quodſi, pendente conditione, emtor vel venditor deceſſerit, conſtat, ſi exſtiterit conditio, heredes quoque obligatos eſſe, *quaſi iam contracta emtione in praeteritum.* Quodſi pendente conditione res tradita ſit, emtor non poterit eam uſucapere pro emtore, — et fructus medii temporis venditoris ſunt —. *Sane ſi exſtet res, licet deterior effecta, poteſt dici, eſſe damnum emtoris.*

L. 6.

7) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. Anderer Meinung iſt zwar *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12. Allein man ſehe *Iac.* CUJACIUS ad Paulum L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. (*Operum* Tom. V. pag. 514.)

8) *L. 2. §. 2. D. pro emtore. L. 7. §. 4. Cod. de praeſcript. 30. vel 40. annor.* Dabelow über die Verjährung 1. Th. §. 70. S. 330. und Rupprecht Lehre von der Verjährung. §. 98. Man ſehe auch BRÜSSEL de conditionibus Lib. II. Tit. 3. nr. 4. Jedoch behauptet Weſtphal vom Kaufe §. 718. wenn ſich kein beſſerer Käufer melde, ſo verjähre der Käufer auch für die Zwiſchenzeit.

9) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. und BEHRENS Diſſ. cit. §. 28. et 29.

L. 6. pr. D. h. t. Quod dictum eſt, fructus interea captos emtorem priorem ſequi, totiens verum eſt, quotiens nullus emtor exiſtit, qui meliorem conditionem adferat, vel falſus exiſtit.

Findet ſich aber 3) ein beſſerer Käufer, und der erſte Käufer will die beſſeren Bedingungen nicht erfüllen; ſo bleibt der Kauf ungültig, und der Käufer muß alle Früchte zurückgeben, weil er ſie nur eventualiter gezogen hat [10]). Dagegen müſſen aber auch demſelben alle nothwendigen Koſten erſtattet werden, welche er auf die Sache verwendet hat; ſo weit ſie nicht etwa auf die Früchte abgerechnet werden können.

L. 6. pr. D. h. t. Sin vero exiſtit emtor poſterior, fructus refundere priorem debere conſtat, ſed venditori.

L. 16. D. eodem. Imperator SEVERUS reſcripſit: *Sicut fructus in diem addictae domus, cum melior conditio fuerit allata, venditori reſtitui neceſſe eſt, ita rurſus quae prior emtor medio tempore neceſſario probaverit erogata, de reditu retineri, vel, ſi non ſufficiat, ſolvi aequum eſt.*

Eben dieß gilt auch 4) in dem Falle, wenn der erſte Käufer die beſſeren Bedingungen des neuen Käufers ſelbſt erfüllen will, es wäre denn ein Anderes ausdrücklich verabredet worden.

L. 6. §. 1. D. h. t. Si quis exſtiterit, qui meliorem conditionem adferat, deinde prior emtor adverſus

10) Weſtphal §. 743.

ſus eum licitatus ſit, ut penes eum emtorem [11]) manſerit: dubitari poterit, utrum fructus ipſe habeat, quaſi nulla meliore conditione allata; *an vero venditoris ſint*, licet eadem ſit perſona, quae meliorem conditionem attulit? *Quod ratio facere videtur* [12]): interſit tamen, *quid actum ſit*: et ita POMPONIUS ſcribit.

B. Ganz Anders verhält ſich die Sache, wenn der Vertrag reſolutiv iſt beygefügt worden. Hier iſt der Kauf gleich vollkommen gültig. Der Käufer wird daher durch die Uebergabe Eigenthümer, und kann die Sache verpfänden, auch ſich gegen jeden, der ſich die Sache anmaßen will, der Reivindication bedienen. War der Verkäufer ſelbſt nicht Eigenthümer, ſo kann er die Sache wenigſtens uſucapiren. Auch die Früchte, ſo wie die Acceſſionen, z. B. den gefundenen Schatz, kann er ſich zueignen, und trägt nicht minder die Gefahr, auch wenn die Sache ganz zu Grunde geht. Denn nun iſt es gewiß, daß ſich kein beſſerer Käufer finden wird. Wäre jedoch von zwey für einen Preis zugleich verkauften Sachen nur die eine zu Grunde gegangen; und es fände ſich zu der andern noch übrigen Sache ein neuer Käufer, welcher für dieſe allein eben ſo viel, oder wohl gar noch mehr geben

11) Die Florentiniſche Ausgabe lieſet *emtore* manſerit. Jedoch macht ſchon Taurellius durch das groſe M auf die in den florentiniſchen Pandecten gar nicht ungewöhnliche Gemination aufmerkſam. *Guil.* BEST Ratio emendandi leges Cap. XVII. §. 11. will jedoch lieber *penes eum emtio remanſerit* leſen. Unſer Erlanger Codex hat: *et penes eum emtorem res remanſerit*.

12) Venditio enim nulla eſt, ſi conditio defecerit. *L. 37. in fin. D. de contrab. emt. vend.*

geben wollte, als der erſte Käufer für beyde bezahlt hat; ſo kann das neue Gebot ohne Bedenken angenommen werden. Ein Anders wäre, wenn von der verlohren gegangenen Sache nur noch Früchte vorhanden wären, z. B. das verkaufte Mutterpferd iſt gefallen, hat aber ein Füllen hinterlaſſen; hier kann kein beſſeres Gebot mehr angenommen werden, wenn ſich auch ein Käufer zu dieſem Füllen finden ſollte, welcher mehr dafür geben wollte, als das Mutterpferd ſelbſt gekoſtet hat; weil für keine andere Sache, als welche verkauft worden iſt, das beſſere Gebot geſchehen kann.

Findet ſich kein beſſerer Käufer, ſo bleibt der Contract unwiderruflich gültig, und der Käufer lucrirt Früchte und Acceſſionen. In dem entgegengeſetzten Falle aber wird der erſte Kauf reſolvirt. Es erliſcht daher auch das darauf gegebene Pfandrecht, und die Früchte müſſen zurückgegeben werden, ja dieſe ſogar auch dann, wenn gleich der erſte Käufer ſich erklärt hat, die angebotenen beſſeren Bedingungen des neuen Käufers ſelbſt zu erfüllen. Denn es wird hier ein neuer Handel geſchloſſen [13]. Jedoch kann der erſte Käufer die auf die Sache nothwendig verwandten Unkoſten, ſo wie die Zinſen des Kaufgeldes, in Abrechnung bringen [14].

L. 2.

13) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 7. 8. et 9. BEHRENS cit. Diſſ. §. 17—27. Weſtphal vom Kaufe §. 717—719.

14) VOET h. t. §. 5. BRUNNEMANN Comm. ad L. 6. D. h. t. nr. 3. et 4. und *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ ſiſtens theoriam general. de acquiſitione fructuum. *Goettingae 1783.* §. 16. in fin.

L. 2. §. 1. *D b. t.* Ubi — pura venditio eſt, JULIANUS ſcribit, hunc, cui res in diem addicta eſt, et uſucapere poſſe, et fructus et acceſſiones lucrari [15]), et periculum ad eum pertinere, ſi res interierit.

L. 3. *D. eodem.* Quoniam poſt interitum rei iam nec adferri poſſit melior conditio.

L. 2. §. 4. *D. pro emtore.* Si in diem addictio facta ſit, id eſt, niſi ſi quis meliorem conditionem attulerit, perfectam eſſe emtionem, et fructus emtoris effici, et uſucapionem procedere, JULIANUS putabat; — quae ſententia vera eſt.

L. 4. §. 1. *D. b. t.* Idem JULIANUS *libro XV.* quaerit: Si res in diem addicta interciderit, vel ancilla deceſſerit, an partus vel fructus eius nomine adjectio admitti poſſit? Et negat admittendam adjectionem: quia alterius rei, quam eius, quae diſtracta eſt, non ſolet adjectio admitti.

L. 4. §. 2. *eod.* Idem JULIANUS eodem libro ſcribit: ſi ex duobus ſervis, viginti venditis et in diem addictis alter deceſſerit, deinde unius nomine, qui ſupereſt, emtor exſtiterit, qui ſupra viginti promitteret,

15) Dieß iſt jedoch nur von dem Falle zu verſtehen, wenn ſich kein beſſerer Käufer findet, denn das Wort lucrari wird von einer unwiderruflichen Erwerbung gebraucht. Solang alſo noch ungewiß iſt, ob ſich kein beſſerer Käufer finden wird, erwirbt der Käufer an den Früchten nur ein wiederrufliches Eigenthum. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. und *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. cit. de acquiſitione fructuum. §. 17.

teret, an diſcedatur a priore contractu? Et ait, diſſimilem eſſe hanc ſpeciem partus ſpecie, et ideo hic diſcedi a priore emtione et ad ſecunda perveniri.

L. 4. §. 3. *eodem.* Sed et MARCELLUS libro 5. Digeſtorum ſcribit: pure vendito, et in diem addicto fundo, ſi melior conditio allata ſit, rem pignori eſſe deſinere, ſi emtor eum fundum pignori dediſſet. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus eſſet: alioquin nec pignus teneret.

L. 4. §. 4. *eodem.* Idem JULIANUS libro octogeſimo octavo Digeſtorum ſcripſit, eum, qui emit fundum in diem, Interdicto quod vi aut clam uti poſſe: nam hoc Interdictum ei competit, cuius intereſt, opus non eſſe factum. *Fundo autem*, inquit, *in diem addicto, et commodum et incommodum omne ad emtorem pertinet, antequam venditio transferatur*: et ideo, ſi quid tunc vi aut clam factum eſt, quamvis melior conditio allata fuerit, ipſe *utile interdictum* [16]) habebit; ſed eam actionem, ſicut fructus, inquit, quos percepit, venditi iudicio praeſtaturum.

L. 41. *D. de rei vindicat.* Si cui in diem addictus ſit fundus, antequam adjectio ſit facta, uti *in rem actione* poteſt: poſtea non poterit.

16) Das Interdictum quod vi aut clam directum ſteht vor der Uebergabe dem Verkäufer zu. Man vergleiche hier die *L. 11.* §. *10 — 12. D. Quod vi aut clam.* und *Petr.* DUIRSEMA Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 2. Jedoch behauptet *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. *interdictum utile* werde hier nicht dem directo entgegengeſetzt, ſondern heiße ſoviel als efficax.

L. 6. pr. D. h. t. Item quod dictum eſt, *fructus interea captos emtorem priorem ſequi*, totiens verum eſt, *quotiens nullus emtor exiſtit, qui meliorem conditionem afferat*, vel falſus exiſtit: ſin vero exiſtit emtor poſterior, fructus refundere priorem debere conſtat, ſed venditori [17]: et ita JULIANUS libro XLVIII. Digeſtorum ſcripſit.

Soll jedoch das pactum addictionis in diem von Wirkung ſeyn, ſo wird dazu erfordert,

1) daß ſich wirklich ein beſſerer Käufer finde. Dieſer muß eigentlich ein Dritter, und nicht der Verkäufer ſelbſt ſeyn. Eine Ausnahme findet jedoch in dem Falle Statt, wenn mehrere die Sache als Miteigenthümer verkauft haben. Hier kann auch einer der Mitverkäufer beſſere Bedingungen anbieten. Denn er war nur Mitverkäufer zu ſeinem Antheile. Hier bietet er aber nicht blos auf dieſen Antheil, ſondern auf das Ganze.

L. 13. §. 1. D. h. t. Verum eſt autem, vel *unum ex venditoribus* poſſe meliorem adferre conditionem: emere enim cum tota re etiam noſtram partem poſſumus.

Haben mehrere die Sache zuſammengekauft, ſo kann auch einer von denſelben ein beſſeres Gebot thun, um die Sache

17) Der neue Käufer kann dieſe Früchte nicht verlangen, welche der erſtere Käufer in der Zwiſchenzeit gezogen hat. Der neue Käufer erhält blos die Sache, und weiter nichts. *L. 14. §. 4. D. h. t.* Emtorem, qui meliorem conditionem attulerit, praeter corpus nihil ſequitur, quod venierit. Die von dem erſten Käufer gezogenen Früchte müſſen alſo dem Verkäufer reſtituirt werden. S. POTHIER Pand. Iuſtinian. h. t. Nr. XVI. not. i.

Sache allein zu bekommen. Denn er iſt in Anſehung des Antheils ſeines Mitkäufers als ein Dritter anzuſehen. Aber auch in Anſehung ſeines eigenen Antheils findet das beſſere Gebot Statt, weil es ſich vom Ganzen nicht wohl trennen läßt. Der Kauf wird alſo dadurch auch in Anſehung ſeines Antheils reſolvirt.

L. 18. *D. h. t.* Cum in diem duobus ſociis fundus ſit addictus, uno ex his pretium adjiciente, etiam pro ipſius parte a priore venditione diſcedi rectius existimatur.

Merkwürdig iſt es, daß ſogar ein Pupill auch ohne Auctorität ſeines Vormundes ein beſſeres Gebot mit der Wirkung thun kann, daß wenn ihn der Verkäufer annimmt, der erſte Kauf dadurch aufgehoben wird.

L. 14. §. 3. *D. h. t.* Sed et ſi pupillus ſine tutoris auctoritate pluris emerit, conſentiente venditore, abibitur a priore emtione.

2) Daß der Verkäufer den beſſern Käufer auch annehme. Denn da der Vertrag blos zu ſeinem Vortheil beygefügt iſt, ſo hängt es auch von ſeiner Willkühr ab, ob er das beſſere Gebot annehmen will, oder nicht. Ein Anders iſt, a) wenn der Vertrag zu Gunſten des Käufers dergeſtalt geſchloſſen worden wäre, daß es dieſem erlaubt ſeyn ſollte, von dem Kaufe abzugehen, ſobald ſich ein neuer Käufer finden ſollte. Hier kann der erſte Käufer abgehen, wenn gleich der Verkäufer den neuen beſſern Käufer nicht annehmen will. Jedoch muß dieſes deutlich beſtimmt und ausdrücklich verabredet ſeyn, daß der erſte Handel aufgehoben ſeyn ſolle, ſobald ſich ein neuer Käufer

finden

finden wird, der Verkäufer möge ihn annehmen, oder nicht, weil ſonſt die Rechtsvermuthung entgegen ſtehet.

L. 9. D. h. t. SABINUS ſcribit, *licere venditori meliorem conditionem oblatam abiicere, ſequique primam quaſi meliorem.* Et ita utimur. Quid tamen, ſi hoc erat nominatim actum, *ut liceret reſilire emtori meliore conditione allata?* Dicendum erit, diſſolutam priorem emtionem, etiamſi venditor ſequentem non admittat.

b) Wenn der Gläubiger ein Pfand ſub lege addictionis in diem verkauft hat. Hier muß er den beſſern Käufer annehmen, weil er ſonſt contra bonam fidem den Rechten des Schuldners etwas vergeben würde, deſſen Stelle er beym Verkaufe des Pfandes vertritt.

L. 10. D. eodem. Sed ſi proponatur, a creditore pignus *in diem* addictum, non poteſt videri bona fide negotium agi, *niſi adjectio recipiatur.* Quid ergo eſt, ſi inops emtor, et impediendae tantummodo venditionis cauſa intervenit? Poteſt creditor ſine periculo priori emtori addicere.

Haben mehrere zuſammen eine Sache unter der addictio in diem verkauft, ſo iſt entweder das Ganze für einen Preis verkauft worden; hier müſſen ſie alle den beſſern Käufer annehmen; wenn daher auch nur einer dagegen iſt, ſo bleibt der erſte Handel gültig; oder ſie haben ihre Antheile für verſchiedene Preiſe verkauft; dann kann auch ein neues Gebot auf den einen Theil von dem einen Mitverkäufer angenommen werden, ohne daß es auf die Zuſtimmung des andern Mitverkäufers ankommt. Der erſte Käufer giebt alſo den einen Theil heraus, und behält den andern. Denn hier macht jeder

jeder Kauf über jeden einzelnen Theil einen beſondern Handel aus, und eines Jeden Antheil iſt als ein beſonderes Ganze anzuſehen. Iſt hingegen das verkaufte Ganze untheilbar, ſo kann einer der Mitverkäufer auf ſeinen Antheil eben ſo wenig ein neues Gebot annehmen, als wenn mir Jemand ein gewiſſes Ganze ſub lege addictionis verkauft, und ſich nachher blos zu einem Theile davon ein neuer Käufer meldet. Hier bleibt es bey dem erſten Kaufe. Zuweilen hat aber auch in dem Falle, da mir mehrere Theile eines gewiſſen Ganzen von Verſchiedenen zu verſchiedenen Preiſen verkauft worden ſind, keine Annahme eines neuen Gebots auf einzelne Theile ſtatt, nämlich wenn ich mir ausdrücklich ausbedungen habe, daß ich das Ganze anders nicht als ein untheilbares Ganze gekauft haben wolle, und wenn ich daſſelbe nicht, als ein ſolches, behalten könne, der ganze Kauf nicht gelten ſolle.

L. 11. §. 1. *D. h. t.* Item quod SABINUS ait: *Si tribus vendentibus, duo poſteriori addixerint, unus non admiſerit adiectionem, huius partem priori, duorum poſteriori emtam*, ita demum verum eſt, ſi variis pretiis partes ſuas diſtraxerunt.

L. 12. *D. eodem.* Etſi diſpares partes vendentium fuerint.

L. 13. *D. eodem.* Quodſi uno pretio vendiderint, dicendum eſt, totam priori emtam manere: quemadmodum ſi quis mihi totum fundum ad diem addixiſſet, poſtea vero pretio adiecto, dimidiam alii addixerit. CELSUS quoque *libro VIII. Digeſtorum* refert, MUCIUM, BRUTUM, LABEONEM, quod SABINUM, exiſtimare. Ipſe quoque CELSUS idem probat: et adjicit, mira-

mirari ſe, a nemine animadverſum [18]), quod ſi prior emtor ita contraxit, *ut niſi totum fundum emtum nollet habere*, non habere eum eam partem emtam, quam unus ex ſociis poſteriori emtori addicere noluit.

§. 1003.

Wie lange kann ein beſſerer Käufer angenommen werden? Dem erſten Käufer ſteht der Vorkauf zu. Wegen eines vermutheten Betrugs findet die Eidesdelation Statt?

Iſt bey der addictio in diem eine Zeit feſtgeſetzt, ſo kann, ſo lange dieſe noch nicht verſtrichen iſt, noch immer ein beſſerer Käufer angenommen werden. Nimmt alſo auch der Verkäufer den erſtern ſich meldenden beſſern Käufer nicht an; ſo iſt dadurch der Kauf des erſten Käufers noch keineswegeſ beſtätiget worden Denn der Verkäufer kann noch immer einen beſſern Käufer abwarten, und, wenn dieſer ſich noch vor dem Ablaufe der verabredeten Zeit meldet, ſein Gebot noch annehmen. Wie aber, wenn der Verkäufer den neuen Käufer auch nur unter einer addictio in diem angenommen hätte; iſt dadurch der Handel mit dem erſten Käufer aufgehoben, oder nicht vielmehr beſtätiget? Die Römiſchen Rechtsgelehrten waren deshalb verſchiedener Meinung. Sabinus behauptete das Letztere. Denn nach ſeiner Meinung ſoll eine zweyte Addiction nicht mehr Statt finden, weil man das kein beſſe-

18) Ganz richtig erklärt Accurſius dieſe Stelle von dem Falle, von welchem *L. 11. §. ult. D. h. t.* die Rede war. Ihm ſtimmen auch *Ant.* FABER Rational. in L. 13 h. t. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XIII. not. c. und Weſtphal vom Kaufe §. 738. bey.

beſſeres Gebot nennen könne, bey welchem der zweyte Käufer nicht geſichert iſt, ſondern noch ein neues erwartet wird. Allein **Julian** lehrte in ſeinen Digeſten, es komme hier vorzüglich auf die Uebereinkunft der Contrahenten an. Denn kein Geſetz ſteht einer öftern Addiction entgegen. Hat ſich alſo der Verkäufer ausdrücklich vorbehalten, den neuen Käufer auch nur unter einer addictio in diem anzunehmen, ſo wird der Kauf des erſten Käufers, wenn ſich ein neuer Käufer findet, aufgehoben. Denn meldet ſich auch kein dritter höher Bietender, ſo bleibt nun die Sache dennoch dem zweyten Käufer, und findet ſich ein dritter Käufer, ſo erhält ſie dieſer. Auf keinen Fall aber bleibt ſie dann dem erſten Käufer, wofern er nicht das Nämliche leiſten will.

L. 11. pr. D. de in diem add. Quod autem SABINUS ſcribit, fundum in diem addici non poſſe rurſus, qui ſemel fuerit in diem addictus, ratione eiusmodi defendit: quia prioris, inquit, emtoris ſtatim fit: ſcilicet quaſi non videatur melior conditio allata, ſi non ſecure ſecundo emtori fundus addicitur, ſed alia licitatio proſpicitur. Sed JULIANUS *libro XV. Digeſtorum* ſcripſit, intereſſe multum, quid inter contrahentes actum ſit: non impedire quicquam, vel hoc agi, ut ſaepius fundus collocetur: dum vel prima vel ſecunda vel tertia adjectione res a venditore diſcedat.

Es läßt ſich alſo nicht mit **Weſtphal**[19]) behaupten, daß hier die Meinung des **Sabinus**, als ganz ungegrün-

19) Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe §. 735. Dieſe Meinung hatte auch ſchon *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. 7. c. 9. pag. 508.

gründet, wäre verworffen worden. Nein ſie bleibt die Regel, nach welcher, wenn der erſte ſub addictione in diem geſchloſſene Kauf zurückgehen ſoll, der neue Käufer unbedingt angenommen werden müſſe. Denn wird er auch nur mit Vorbehalt eines noch beſſern Gebots angenommen, ſo wird dadurch der erſte Kauf aus dem Grunde beſtätiget, weil der Verkäufer durch die Annahme des neuen Käufers unter einer addictio in diem zu erkennen giebt, daß er auch mit deſſen Gebot noch nicht zufrieden ſey. Nur dann findet nach Julians Meinung eine Ausnahme Statt, wenn es ausdrücklich iſt ausgemacht worden, daß der neue Käufer unter einer addictio in diem mit der Wirkung ſolle angenommen werden können, daß der erſte Kauf dadurch aufgehoben wird [20]). Dann kann auch die Addiction öfters geſchehen, ohne gerade, wie Anton Faber [21]) meint, auf dreymale beſchränkt zu ſeyn [22]).

Iſt keine Zeit bey der addictio in diem beſtimmt, wovon *L.* 41. *D. de rei vindic.* ein Beyſpiel giebt; ſo kann der Verkäufer binnen dreyßig Jahren noch immer einen beſſern Käufer annehmen. Denn der Verkäufer macht ſein Recht mit der actio venditi geltend, welche

20) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 18 §. *Sexta conditio.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

21) Rational. in Pand. ad L. 11. h. t.

22) Hiermit ſtimmt auch die Gloſſe ad h. L. überein, welche ad v. *Proſpiciatur* bemerkt: *Hoc dixit* SABINUS; *ſed* JULIANUS *corrigit, quando hoc eſſet actum, quod poteſt ſecundo, tertio, et* QUANDOCUNQUE *agi.*

erſt in dreyßig Jahren präſcribirt [23]). Jedoch kann die Verjährung der Klage nicht eher ihren Anfang nehmen, als von dem Augenblick an, da dem Verkäufer ein beſſeres Gebot geſchehen iſt, und er auch daſſelbe angenommen hat [24]). Zu dem Ende iſt es nöthig, daß der Verkäufer dem erſten Käufer von dem neuen Gebote Nachricht gebe. Denn der Verkäufer iſt nur dann berechtiget, den erſten Kauf aufzuheben, wenn der erſte Käufer die beſſern Bedingungen des neuen Käufers nicht erfüllen will. Nimmt alſo der Verkäufer das neue Gebot an, ſo kann der erſte Käufer ein gleiches Gebot thun, und ſich dadurch die Sache erhalten. Denn ihm gebührt der Vorzug vor jedem neuen Käufer.

L. 7. *D. h. t.* Licet autem venditori, meliore allata conditione, addicere poſteriori; *niſi prior paratus ſit plus addicere.*

L. 8. *D. eodem.* Neceſſe autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emtorem certiorem facere, ut, ſi quid alius adjecit, ipſe quoque adjicere poſſit.

Daß der erſte Käufer den zweyten überbieten müſſe, wenn er die Sache behalten wolle, wie Ulrich Huber [25]), An=

23) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 8. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 4. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. HOMMEL ad *Mencken* doctr. de action. for. not. 634. pag. 221. und HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1966.

24) *Lud. God.* MADIHN ad *Mencken* doctr. de actionib. for. not. 643. pag. 324. und Thibaut über Beſitz und Verjährung 2. Th. §. 43. S. 125.

25) Praelect. iuris civ. h. t. §. 5.

Anton Faber [26]) und Joſeph Fineſtres [27]) behaupten wollen, läßt ſich aus den angeführten Geſetzſtellen nicht erweiſen. Das *plus adiicere* beziehet ſich offenbar nur auf das beſſere Gebot des zweyten Käufers, und daß der erſte Käufer nicht mehr, als der zweyte, leiſten dürfe, erhellet aus der *L.* 8. *h. t.* deutlich. Es iſt auch weder als eine beſondere Begünſtigung der Minderjährigen, noch als eine Folge der denſelben zuſtehenden Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand anzuſehen, wenn **Hermogenian** in der *L.* 35. *D. de minorib.* ſagt, der Minderjährige, welcher eine Sache ſub pacto addictionis in diem gekauft, aber ſich von einem beſſern Käufer hätte vertreiben laſſen, brauche nur, wenn er ſein Reſtitutionsgeſuch durch den Beweis, daß er ein beſonderes Intereſſe habe, die Sache wieder zu erhalten, unterſtützen könne, das id, *quod ex licitatione acceſſit*, dem Verkäufer anzubieten. Daß ein gleiches Gebot hinreiche, um den neuen Käufer abzutreiben, erhellet endlich noch aus *L. ult. D. de iure fisci.* Dieſe Meinung, in welche überdem die meiſten Rechtsgelehrten [28]) einſtimmen, verdient auch

26) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XXIII. Err. 3.

27) In Hermogeniani iuris Epitomar. libros. Tom. I. ad L. 35. D. de minorib. §. 5. pag. 248 ſq.

28) *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Tom. II. Lib. VII. c 9. fol. 510. in fin. ſq. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Ant.* SCHULTING Notae ad Dig. edit. a SCHMALLENBURG ad L. 35. D de minorib. Tom. I. pag 550. *Idem* Theſ. controv. Decad. LXIV. Th. 10. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. ſec. ord. Dig. h. t. §. 9. POTHIER Pand. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. XV. not. h. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. HOF-

auch ſchon darum den Vorzug, weil ſie ganz der Natur dieſes Vertrags gemäß iſt. Denn blos um des beſſern Gebots willen, kann der Verkäufer von dem erſten Kaufe abgehen, dieſer Grund fällt aber weg, wenn der erſte Käufer eben das leiſten will, was ein Anderer nach ihm bietet. Fürchtet derſelbe, daß wegen der angeblich angetragenen beſſern Bedingungen ein Betrug Statt finde, ſo kann er ſich der Eidesdelation bedienen, um hinter die Wahrheit zu kommen [29]). Hatte nun der Verkäufer wirklich Jemanden aufgeſtellt, der ein beſſeres Gebot zum Schein thun mußte, um die Sache durch dieſe Argliſt wieder an ſich zu bringen, oder um den erſtern Käufer zu einer Nachzahlung zu beſtimmen; ſo bleibt der erſte Kauf gültig, weil man den untergeſchobenen Käufer für keinen beſſern Käufer halten kann [30]). Sollte jedoch der zweyte Käufer an der Gefährde des Verkäufers keinen Antheil genommen, ſondern im Ernſt ein Gebot gethan haben, was aber der Verkäufer fälſchlich für beſſer ausgab, ſo haftet er nun wegen dieſes Betrugs beyden Käufern in ſolidum.

L. 14. *pr. D. h. t.* Si venditor ſimulaverit meliorem allatam conditionem, cum minoris vel etiam tantidem alii venderet: utrique emtori in ſolidum erit obligatus [31]).

Der

HOFACKER Prin. iur. civ. T. III. §. 1966. C. und Weſtphal vom Kaufe §. 736.

29) SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 3.

30) *L.* 4. *§.* 5. *D. h. t.*

31) Weſtphal vom Kauf. §. 727. u. 728.

Der erſte Kauf wird alſo nicht aufgehoben, und doch gilt hier auch der zweyte, daher muß der Verkäufer dem zweyten Käufer, dem er den Kauf nicht halten kann, das Intereſſe leiſten [32]). Wäre hingegen der neue Käufer wiſſentlich von dem Verkäufer aufgeſtellt worden, um durch ein zum Schein gethanes beſſeres Gebot die Sache an ſich zu kaufen, und ſie dann dem Verkäufer wieder abzutreten; ſo glaubt Cocceji [33]), der erſte Kauf werde hierdurch aufgehoben, und der erſte Käufer könne nur gegen den Verkäufer auf das Intereſſe klagen. Allein auch hier kann der Betrug des Verkäufers den erſten Kauf eben ſo wenig, als in jenem Falle, vernichten, da der neue Käufer in bona fide iſt. Denn ein betrüglicher Vertrag iſt von keiner Wirkung [34]). Ein Anders wäre, wenn der erſte Käufer den Verkäufer wiſſentlich verleitet hätte, einen neuen Käufer, der nachher nicht zahlen kann, ſtatt ſeiner anzunehmen, um nur von dem Handel wieder loszukommen. Hier iſt zwar der zweyte Kauf nicht ungültig, und folglich der erſte aufgehoben. Allein der Verkäufer kann gegen den erſten Käufer actione venditi auf das Intereſſe klagen. Mit dieſer Klage müſſen auch die Früchte reſtituirt, und der von dem erſten Käufer an der Sache verurſachte Schaden erſetzt werden.

L. 14.

32) CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 9. fol. 510. *b.* *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 14. pr. D. h. t. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

33) Cit. loc. Qu 9.

34) *L. 7. §. 9. D. de pact. L. 49. pr. D. de act. emti et vend.* EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Qu. 9. not. a. p. 392. T. II.

L. 14. §. 1. *D. h. t.* Sed ſi emtor alium non idoneum ſubiecit, eique fundus addictus eſt: non video, inquit, quemadmodum priori ſit emtus, cum alia venditio et vera poſtea ſubſecuta ſit. *S*ed verum eſt venditorem deceptum ex vendito actionem habere cum priore emtore, quanti ſua interſit, id non eſſe factum, per quam actionem et fructus, quos prior emtor percepit, et quo deterior res culpa vel dolo malo eius facta ſit, recipiet venditor, et ita LABEONI et NERVAE placere.

§. 1004.

Klagen des Verkäufers wegen der Addiction.

Iſt der erſte Kauf durch Annehmung des neuen Käufers aufgehoben worden, ſo muß der erſte Käufer die Sache mit allen in der Zwiſchenzeit gezogenen Früchten, und frey von aller Beſchwerung zurückgeben [35]. Die Klage, welche dem Verkäufer deswegen zuſteht, iſt die actio venditi [36]) welche auch dann wenigſtens der Früchte wegen begründet iſt, wenn gleich der erſte Käufer bereit iſt, die angebotenen beſſern Bedingungen des neuen Käufers zu erfüllen, und er alſo die Sache behält. Denn da der erſte Kauf auf alle Fälle zurückgeht, ſo behält er die Sache jetzt nach einem neuen Handel. Er kann alſo die gezogenen Früchte nicht behalten [37]). Dagegen müſſen aber auch

35) *L. 6. pr. D. h. t. L. 4. §. 3. D. eodem.* Weſtphal §. 743. et 744.

36) S. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 904. ff.

37) *L. 6. §. 1. D. t.* Weſtphal §. 747. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. § 1966.

auch dem Käufer alle auf die Sache verwandten nöthigen Koſten, ſo wie die Zinſen des ſchon bezahlten Kaufgeldes vergütet werden, und es ſteht ihm deshalb, ſo weit er ſie nicht von den Früchten abzuziehen vermag, die actio emti zu [38]). Gegen den neuen Käufer hat er jedoch deshalb keine Klage, wenn er ſich nicht von dem Verkäufer die Klage gegen denſelben cediren läßt [39]). Iſt die Sache unterdeſſen an einen Dritten veräuſſert worden, ſo kommt es darauf an, ob der Vertrag ſuſpenſiv oder reſolutiv iſt beygefügt worden. In dem erſten Falle kann ſie ſchlechthin vindicirt werden. Denn der Verkäufer iſt hier Eigenthümer geblieben. In dem letztern Falle hingegen iſt es ſtreitig, in wiefern die Reivindication Statt finde. Die meiſten [40]) unterſcheiden, ob bey dem Reſolutiv-Vertrage verba directa, oder verba obliqua ſind gebraucht worden. Nur in dem erſten Falle ſtehe dem Verkäufer die Reivindication zu; in dem letztern hingegen könne er ſich nur der actio ex contractu bedienen. Man verſteht aber unter verba directa ſolche Worte, welche anzeigen, daß der Contract ipſo iure aufgehoben ſeyn ſolle, ohne Dazwiſchenkunft einer neuen Handlung. Z. B. wenn der Vertrag ſo gefaßt iſt, daß der Kauf ſofort gänzlich aufgehoben ſeyn, und für nicht geſchloſſen geachtet werden ſolle, wenn

38) Arg. *L. 29 §. 2. D. de aedilit. edicto.* *L. 13. §. 20. D. de act. emti et vend.* *L. 16. D. h. t.* VOET h. t. §. 5.

39) *L. 20. D. h. t.* Weſtphal §. 746.

40) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. HUBER Praelect. iuris civ. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. et 14. STRYK Uſ. mod. Pand. Lib. XVIII. Tit. 1. §. 32. ſq.

wenn ſich ein beſſerer Käufer finden würde. Wenn hingegen der Vertrag mit ſolchen Worten abgefaßt iſt, welche anzeigen, daß eine neue Handlung unter den Contrahenten erforderlich ſey, wenn der erſte Kauf aufgehoben werden ſolle, ſo nennt man dieſe Worte verba obliqua. Z. B. der Käufer ſolle ſchuldig ſeyn, das Gut dem Verkäufer wieder abzutreten, oder der Verkäufer behalte ſich vor, von dem Contract wieder abzugehen, wenn ſich ein beſſerer Käufer melden ſollte. Allein dagegen haben ſchon andere [41]) erinnert, daß es bey den bonae fidei Contracten nicht auf die Förmlichkeit der Worte ankomme, und daß ſelbſt in dem Falle, da verba directa gebraucht worden, in den Geſetzen [42]) nur actio venditi geſtattet werde. Man müſſe daher nach der Regel des Pomponius *L. 6. §. 1. D. de contr. emt.* in emtis et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum ſit, ſequendum eſt, mehr auf die Abſicht der Contrahenten, als auf die Worte ſehen. Die Reivindication finde daher nur dann Statt, wenn die Reſolutiv-Bedingung ſo hinzugefügt worden, daß ihre Exiſtenz das Geſchäft rückwärts vernichten ſolle [43]). Noch andere [44]) behaupten, ſchon die Natur einer Reſolutiv-

41) S. *Iuſt. Henn.* BOEHMER Diſſ. de verbis directis et obliquis. §. 30. ſqq.

42) *L. 6. §. 1. D. de contrah. emt. L. 4. D. de lege comm. L. 3. C. de pact. inter emtor. et vend. comp.*

43) BOEHMER Diſſ. de acquiſitione fructuum. §. 16. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 5. et 7. not. v. w. x. et y. Thibaut Syſtem des Pandect. R. 2. B. §. 958. GÜNTHER Princip. iuris Rom. noviſſ. Tom. II. §. 1067. nr. I. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 905.

44) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. *Didac.* COVAR-

lutiv=Bedingung bringe es mit ſich, daß durch die Exiſtenz derſelben das Eigenthum, welches unter einer ſolchen Bedingung dem Käufer war übertragen worden, an den Verkäufer ipſo iure zurückfalle, und daher demſelben das Vindicationsrecht ſchlechthin zuſtehe, der Vertrag möge gefaßt ſeyn, wie er wolle. Dieſe Meinung hat beſonders die Stelle aus **Ulpians** libro 17. ad Edictum oder *L.* 41. *pr. D. de rei vindicat.* für ſich, wo es heißt: *Si quis hac lege emerit, ut, ſi alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione:* poſt allatam conditionem iam non poteſt *in rem actione* uti. **Anton Faber**[45]), der an keinen reditus dominii legalis glaubt, wendet zwar ein, es folge nicht, daß das Eigenthum, welches mit dem Eintritt eines beſſern Käufers in der Perſon des erſtern Käufers anfhört, ipſo iure an den Verkäufer zurückfalle. Nein! dazu werde ein actus retroſimilis, das iſt, eine Retrotradition erfordert[46]). Darum müſſe der Verkäufer die actio perſonalis ex vendito anſtellen, um den Käufer zur Retrotradition zu nöthigen[47]). Ein Rückfall des Eigenthums, welcher ohne Tradition blos vermöge des Vertrags ipſo iure geſchieht, laſſe ſich auf keine Weiſe gedenken. Denn ſonſt würde auch die Reivindication gegen

COVARRUVIAS *a* LEYVA Variar. Reſolution. Lib. III. cap. 8. num. I. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 34. und *Lud. Godf.* MADIHN ad *Mencken* doctr. de actionib. for. Not. 609. et 616. pag. 216. ſq.

45) Rational. in Pand. ad L. 41. D. de rei vindicat.

46) Faber beruft ſich hier auf *L. 1. Cod. Quando liceat ab emt. vendit. diſced. L. 58. D. de pactis.*

47) *L. 3. Cod. de pact. inter emtor. et venditor. compoſit.*

gen den Käufer Statt finden, gegen welchen doch dieſe Klage ausdrücklich verſagt wird [48]). Allein dieſer Einwurf iſt des großen Anton Faber ganz unwürdig. Ulpian ſetzt ja hier einen ſolchen Fall voraus, da ſich die ſub pacto addictionis in diem verkaufte Sache in den Händen eines dritten Beſitzers befindet. Denn ſonſt hätte die Frage nicht entſtehen können, ob der erſte Käufer die Sache noch vindiciren könne, nachdem ſich ein neuer Käufer gemeldet, und der Verkäufer denſelben angenommen hat. Wie kann alſo hier gegen den erſten Käufer auf Retrotradition einer Sache, die er nicht beſitzt, geklagt werden? Ja wie kann von dieſem das Eigenthum der Sache, welches in ſeiner Perſon durch die Anmeldung eines neuen beſſern Käufers aufgehört hat, durch Retrotradition wieder an den Verkäufer gebracht werden? Es muß alſo wohl das Eigenthum an den Verkäufer, ohne Retrotradition, von ſelbſt, vermöge des Reſolutivvertrags, zurückfallen; folglich das Vindicationsrecht, welches hier dem erſten Käufer, nach aufgehobenem Kaufe, abgeſprochen wird, dem Verkäufer zuſtehen. Daß die Reivindication nicht gegen den erſten Käufer nach aufgehobenem Kaufe Statt findet, wenn dieſer die Sache noch beſitzt, beweißt nichts dagegen. Gegen dieſen kann natürlich keine andere Klage Statt finden, als die actio ex vendito, weil zwiſchen dem erſten Käufer und dem Verkäufer kein Streit über das Eigenthumsrecht entſtehen kann; ſondern alles auf den eingegangenen Vertrag ankommt, auf deſſen Erfüllung gegen den erſten Käufer geklagt wird. Es iſt demnach auch ganz irrig, wenn Hellfeld

48) *L. 3. Cod. cit.*

ſeld behauptet, die Reivindication finde gegen den dritten Beſitzer nicht Statt, wenn der Vertrag unter einer reſolutiven Bedingung iſt geſchloſſen worden.

§. 1005.

Giebt es ein pactum addictionis in diem tacitum?

Das pactum addictionis in diem wird im Zweifel nicht vermuthet, ſondern muß dem Kaufe ausdrücklich beygefügt werden, wenn es von Wirkung ſeyn ſoll. Wer alſo auf dieſen Vertrag ſich beruft, muß das Daſeyn deſſelben beweiſen. Eine Ausnahme findet jedoch bey Auctionen und Subhaſtationen Statt, bey welchen eine addictio in diem tacita bis zum letzten Zuſchlage angenommen wird [49]). Es iſt nicht nöthig, dieſe Ausnahme, wie viele [50]) thun, blos auf fiskaliſche Subhaſtationen einzuſchränken. Der Fiskus hat nur das Vorrecht, daß wenn Sachen, die demſelben gehören, verſteigert worden ſind, ein beſſeres Gebot auch noch nach dem Zuſchlage angenommen, und hierdurch der erſte Kauf wieder aufgehoben werden kann, ſofern der Licitations-Termin noch nicht verſtrichen iſt [51]). Bey andern Subhaſtationen iſt der Meiſtbietende

49) *L. ult. D. de iure fiſci. L. 4. Cod. de fide et iure haſtae fiſcal. L. 1. Cod. de vendend. reb. civitatis.* STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 2. et 3. Thibaut Syſtem des Pand. R. 2. B. §. 958. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 1067. in fin.

50) *Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. pag. 247. *Iuſt.* MEIER Colleg. iur. argentorat. T. I. h. t. §. 4. MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXIII. Th. 29. not. *β*. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1965. not. c.

51) Man vergleiche *L. 4. Cod. de fide et iure haſtae fiſcal.* mit *L. 1.*

bietende nach geſchehenem Zuſchlage geſichert, wenn auch gleich Güter der Städte auf dieſe Art veräuſſert worden ſind [52]). Bey Auctionen und Subhaſtationen verſteht ſich alſo nach der Natur derſelben eine addictio in diem bis zum erfolgten Zuſchlage von ſelbſt [53]). Es unterſcheidet ſich jedoch dieſe ſtillſchweigende addictio von der bey einem Privatkaufe durch Vertrag verabredeten darin, daß bey derſelben die Bedingung, unter welcher hier jedes Gebot angenommen wird, nämlich wenn Niemand vor Ablauf des Licitationstermins mehr bieten wird, immer eine blos ſuſpenſive iſt, dahingegen eine addictio in diem expreſſa ſowohl unter einer reſolutiven als ſuſpenſiven Bedingung geſchehen kann [54]). Daher iſt der Kauf bis zur erfolgten Adjudication noch unvollkommen. Hieraus folgt aber

L. 1. Cod. de vendend. reb. civitat. Man behauptet, die tempora, quae in fiſcalibus auctionibus vel haſtis ſtatuta ſunt, hätten gewöhnlich in einem Zeitraume von 20. Tagen beſtanden. Arg. *Auth.* Hoc ius. *Cod. de SS. Eccleſ.* Man vergleiche hier vorzüglich *Franc. de* AMAYA Commentar. in tres poſterior. libros Cod. Tom. I. ad L. 4. Cod. de fide et iure haſtae fiſcal. nr. 58. et 59. p. 86. ſqq. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

52) *L. 21. §. ult. D. ad Municipalem.* S. *Iac.* CUJACIUS Obſervat. Lib. II. cap. 24. u. *Petr.* PERRENONIUS Animadverſion. et var. Lect. iur. civ. Lib. I. cap. 16. (in *Theſ. iur. Rom. Otton.* T. I. pag. 612.)

53) *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. II. P. X. Obſ. 353.

54) *Bened.* SCHMIDT Diſſ. de primo apud haſtam licitatore poſt acceptatum ſecundum ſtatim liberato, praeſ. *Ge. Frid.* DEINLIN def. *Altdorfii* 1748. §. 3.

aber nicht, wie viele [55]) irrig behaupten, daß vor erfolgtem Zuſchlage dem Licitanten jederzeit freyſtehe, ſein gethanes Gebot wieder zurückzunehmen. Denn bey jedem bedingten Verſprechen muß ja der Promittent den Ausgang der Bedingung abwarten, und darf nicht pendente conditione nach Willkühr zurücktreten. So iſt es auch bey der addictio in diem expreſſa [56]), welche unter einer ſuſpenſiven Bedingung iſt beygefügt worden, und von dieſer iſt der Schluß auf die addictio tacita vollkommen gültig, wie **Berger** [57]) und **Wernher** [58]) mit mehreren gezeigt haben. Der Erſtbietende bleibt daher an ſein gethanes Gebot gebunden, ſo lange er von einem zweyten Licitanten nicht überboten worden iſt, und wird nur dann erſt von ſeiner Verbindlichkeit frey, wenn der Ueberbietende angenommen worden iſt [59]). Denn auch bey den Subhaſtationen hängt es von der Willkühr desjenigen ab, zu deſſen Vortheil die Subhaſtation geſchieht, ob er das beſſere Gebot des zweyten Licitanten annehmen will, oder nicht [60]). Denn warum ſollte der Haſta nicht gleiches Recht

55) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Conſt. 32. Def. 45. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 28. Joh. Chriſt. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. 10.

56) *L. 9. D. h. t.*

57) Reſolut. Legg. Obſtant. h. t. pag. 311. et Elect. Diſceptation. for. Tit. 39. pag. 1145. ſqq.

58) Obſ. for. T. II. P. X. Obſ. 353. nr. 13. ſqq.

59) *Bened.* SCHMIDT cit. Diſſ. §. 6. et 7. und *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 5.

60) SCHMIDT cit. Diſſ. §. 5. und Thibaut Syſt. des P. R. 2. B. §. 958. Nr. 3.

Recht mit einem Privatverkäufer zuſtehen? Es ſteht aber auch hier dem Erſtbietenden frey, durch ein gleiches Gebot den Ueberbietenden zu vertreiben [61]). Ganz unrichtig iſt hingegen die Behauptung, daß der erſte Licitant auch noch nach der Annehmung des zweyten bis zur erfolgten Adjudication verbunden bleibe, wenn etwa der zweyte Licitant inſolvent ſeyn ſollte [62]). Die *L.* 14. §. 2. *D. h. t.* lehrt ganz das Gegentheil, und es iſt kein Grund vorhanden, warum die Haſta hier mehr zu begünſtigen ſeyn ſollte, als ein Privatverkäufer [63]).

61) Es findet hier die *L.* 7. *D. h. t.* allerdings Anwendung. S. SCHMIDT cit. Diſſ. §. 4.

62) Der älteſte Vertheidiger dieſer Meinung iſt Bartolus. Mit vergeblich verſchwendeter Gelehrſamkeit hat ſie *Io.* SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercitat. XXX. §. 49—51. zu vertheidigen geſucht.

63) Man ſehe hier wieder SCHMIDT cit. Diſſ. §. 10. Daß auch die Praxis hiermit übereinſtimmt, erhellet aus BERLICH Concluſ. pract. P. I. Concl. LXXXI. nr. 178. PHILIPPI de ſubhaſtation. cap. III. Comm. 16. nr. 108. BRUNNEMANN Comm. ad Pand. ad L. 11. D. h. t. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 4. BEYER Poſition. ad D. h. t Poſit. 6.

Lib. XVIII. Tit. III.

De lege commiſſoria.

§. 1006.

Begriff der lex commiſſoria beym Kaufcontract.

Gewöhnlich zum Beſten des Verkäufers wird beym Kaufe auch VIII. das ſogenannte *pactum commiſſorium* oder die *Lex commiſſoria* beygefügt, worunter derjenige Nebenvertrag verſtanden wird, durch welchen die Partheyen mit einander ausgemacht haben, daß der Käufer auf den Fall der nicht zur gehörigen Zeit geſchehenen Abtragung des Kaufpreiſes ſeines Rechts aus dem Contract verluſtig ſeyn ſolle [64]). Das älteſte Beyſpiel eines unter die-

64) Der allgemeine Begriff vom commiſſoriſchen Vertrage iſt ſchon an einem andern Orte, nämlich Theil 14. §. 869. gegeben worden. Von der lex commiſſoria beym Kaufcontract handeln *Io. Henr.* MEIER Diſſ. de L. C. venditione adiecta. *Erford. 1718.* *Henr.* HILDEBRAND Lex commiſſoria venditioni adjecta. *Altorfii 1716.* *Io. Wilh.* ENGELBRECHT Diſſ. de lege commiſſoria contractui pignoratitio illicite, et emtioni venditioni aliisque contractibus licite adjecta. *Helmſt. 1729.* *Io. Wilh. van* MUSSCHENBROECK Specim. de natura legis commiſſoriae venditionibus ſaepe additae (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iuridic. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. p. 636. ſqq.)

dieſem Vertrage geſchloſſenen Kaufs führt Cornelius Nepos an[65]). Es kann jedoch dieſer Vertrag auch zum Beſten des Käufers beygefügt werden, daß nämlich der Verkäufer ſein Recht aus dem Contract verwirkt haben wolle, wenn er die verkaufte Sache oder Waare nicht zur gehörigen Zeit übergeben würde[66]). Jener Fall ſcheint jedoch der gewöhnlichſte zu ſeyn, denn des letzteren wird weder in den Geſetzen dieſes Titels, noch irgendwo gedacht[67]). Es kann aber in dem erſten Falle auch noch ausgemacht werden, daß wenn der Käufer das Kaufgeld nicht zu gehöriger Zeit bezahlen würde, der geſchloſſene Handel nicht nur ungültig ſeyn, ſondern der Käufer auch den Schaden vergüten ſolle, wenn etwa der Verkäufer nachher die Sache an einen Andern für einen geringern Preis zu verkaufen genöthiget würde[68]). Ob der commiſſoriſche Ver-

und *Io.* WILKENS Diſſ. de lege commiſſoria emtionis venditionis. *Goett. 1786.*

65) *Vita Attici* cap. 9. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. LXV. Th. I. hat dieſe Stelle erläutert.

66) Weſtphal vom Kaufe §. 689.

67) Mit Recht ſagt *Ge. Sam.* MADIHN in Diſſ. de effectu legis commiſſoriae parte pretii ſoluta. *Halae 1755.* §. I. in fin. notae ad eund. *Caeterum quidem extra dubitationem eſt, legem commiſſoriam tam in favorem emtoris, quam venditoris adiici poſſe, tamen ſi Rom. ius reſpicimus, LL. pro venditore tantum pactum commiſſorium admiſiſſe videntur.* Er giebt daher folgenden Begriff: LEX COMMISSORIA involvit *pactum emtioni venditioni adiectum, ut vi eiusdem ius ex contractu translatum revocetur, ſi alter contrahentium obligationi ſuae ſatis non facit.*

68) *L. 4. §. 3. D. h. t.* In commiſſoriam etiam hoc ſolet convenire, *ut ſi venditor eundem fundum venderet, quanto minoris vendi-*

Vertrag nur eine reſolutive Bedingung enthalte, oder auch unter einer ſuſpenſiven Bedingung geſchloſſen werden könne, iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Mehrere [69]) behaupten, es werde durch dieſen Vertrag die Perfection des Contracts nicht ſuſpendirt, ſondern nur die Aufhebung deſſelben davon abhängig gemacht. Dieſe Meinung hat 1) den Ausſpruch **Ulpians** für ſich, welcher *L.* 1 *D. h. t.* ſagt: Si fundus lege commiſſoria venierit, magis eſt, *ut ſub conditione reſolvi emtio*, *quam ſub conditione contrahi videatur.* Ganz damit übereinſtimmend lehrt 2) **Paulus** *L.* 2. §. 3. *D. Pro emtore:* SABINUS, ſi ſic emta ſit, ut niſi pecunia intra diem certum ſoluta eſſet, inemta res fieret, non uſucapturum, niſi perſoluta pecunia: ſed videamus, utrum conditio ſit hoc, an conventio? Si conventio eſt, *magis reſolvetur*, *quam implebitur.* Verbindet man noch 3) die *L.* 2. *D. de in diem addict.* mit *L.* 1. *D. h. t.* welche beyde Fragmente aus **Ulpians** libro 28. ad Sabinum genommen ſind, ſo ergiebt ſich daraus, daß **Ulpian** daſelbſt das pactum commiſſorium und addictionis in diem erklärt, und bey beyden die Frage entſcheidet,

vendiderit, id a priore emtore exigat. Erit itaque adverſus eum *ex vendito* actio.

69) *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. VII. cap. 9. Tom. II. fol 506. b. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 1. D. h. t. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. *Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 7 D. h. t. §. 2. et 3. pag. 455. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. MADIHN Diſſ. de effectu legis commiſſoriae §. 2. ENGELBRECHT cit. Diſſ. §. 15. WILCKENS cit. Diſſ. §. 5. et 6. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1967. u. a. m.

ob der Kauf dadurch ein bedingter Vertrag werde, oder nicht. Bey dem pacto addictionis in diem, ſagt er, komme alles auf die Uebereinkunft der Partheyen an, vermöge derſelben könne die Bedingung deſſelben entweder eine reſolutive, oder ſuſpenſive ſeyn; allein bey dem pacto commiſſorio macht Ulpian, welches ſehr merkwürdig iſt, dieſen Unterſchied nicht, ſondern ſagt geradezu, der Vertrag ſey mehr reſolutiv, als ſuſpenſiv. Hierzu kommt endlich noch 4) daß nicht nur alle Geſetze dieſes Titels, welche der lex commiſſoria gedenken, ſondern auch andere Stellen der Pandecten, in welchen davon die Rede iſt, überall einen perfecten Kauf vorausſetzen, deſſen Aufhebung blos von jener Bedingung abhängig gemacht worden iſt [70]). Demohngeachtet behaupten andere [71]), daß der commiſſoriſche Vertrag auch eben ſo gut ſuſpenſiv geſchloſſen werden könne, nämlich ſo, daß der Kauf nur erſt dann für gültig und perfect gehalten werden ſolle, wenn der Käufer das Kaufgeld bezahlt haben wird. Daß dieſes auch dem Röm. Rechte gemäß ſey, ſoll die *L.* 38. *§. ult. D. ad Leg. Falcidiam* beweiſen, wo Hermogenian ſagt: ſervum *ſub lege commiſſoria* diſtractum, item ad diem addi-

70) *L.* 2. *L.* 4. *L.* 5. *L.* 8. *D. h. t. L.* 23. *in fin. D. de obligat. et act. L.* 38. *pr. D. de minorib.*

71) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. 1. et 3. Tom. II. *Oper.* pag. 399. *van* MUSSCHENBROECK cit. Specim. Cap. 1. §. *Si porro.* pag. 642. ſqq. *Elb.* LEONINUS Emendat. Lib. IV. cap. 16. POTHIER Pandect. Iuſtinian. T. II. Lib. XXXV. Tit. 2. Nr. XX. not. c. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 541. Weſtphal vom Kauf §. 691. Thibaut Syſtem des Pand. R. 2. B. §. 959. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. T. II. §. 1062

addictum *in venditoris dominio* connumerari Allein es iſt hier nur davon die Rede, was bey der Berechnung der Falcidie zum Nachlaß zu rechnen ſey. Iſt nun eine Sache verkauft worden, aber ſo, daß ſie wegen des angehängten commiſſoriſchen Vertrags oder wegen der addictio in diem wieder an den Verkäufer zurückfällt, ſo wird ſie darum noch als ein Theil des Nachlaſſes angeſehen, weil die dem Verkäufer deshalb zuſtehende Klage unſtreitig zu ſeinem Vermögen gehört [72]. Es iſt alſo aus dieſer Geſetzſtelle nicht zu erſehen, daß der commiſſoriſche Vertrag auch unter einer ſuſpenſiven Bedingung geſchloſſen werden könne. Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo iſt doch auch nicht abzuſehen, warum nicht der commiſſoriſche Vertrag eben ſowohl ſuſpenſiv, als reſolutiv hinzugefügt werden könnte. Alle für die erſtere Meinung angeführten Geſetze beweiſen doch nur ſoviel, daß der Vertrag im Zweifel für reſolutiv zu halten ſey. Keinesweges aber iſt zu behaupten, daß eine ſuſpenſive Bedingung der Natur des Vertrags zuwider ſey. Das Wort *committere*, ſo verſchieden auch die Erklärung der Rechtsgelehrten darüber iſt [73], deutet doch wenigſtens nicht nothwendig auf einen perfecten Contract hin.

§. 1007.

72) S. FINESTRES Hermogenian. ad L. 7. D. h. t. §. 3. p. 455. und Weſtphal Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen. §. 1195.

73) Man ſehe den 14. Th. dieſes Commentars §. 869. Not. 56. S. 86.

§. 1007.

Erforderniſſe des commiſſoriſchen Vertrags. I. Beſtimmung einer Zahlungszeit. II. Völliger Ablauf derſelben.

Soll der commiſſoriſche Vertrag von Wirkung ſeyn, ſo wird dazu erfordert, I. daß ein Zahlungstermin beſtimmt worden ſey. Gewöhnlich wird zwar derſelbe im Vertrage beſtimmt [74]; allein zur weſentlichen Form des Vertrages iſt dieſes nicht gerade nothwendig [75]). Es kann der Vertrag auch, ohne Nachtheil ſeiner Wirkſamkeit, ſo geſchloſſen werden, daß der Verkäufer, bey ausbleibender Bezahlung des Kaufgeldes, nicht weiter an den Contract gebunden ſeyn wolle, wenn auch übrigens keine weitere Zahlungszeit iſt feſtgeſetzt worden. Man erfordert aber doch in einem ſolchen Falle mit Recht, daß der Käufer von dem Verkäufer gemahnt werden müſſe, um denſelben in einen ſolchen Verzug zu verſetzen, daß die Strafe des commiſſoriſchen Vertrags zur Anwendung gebracht werden kann [76]) Man behauptet auch, daß ſelbſt nach geſchehener Interpellation nicht ſogleich auf Realiſirung des Vertrags geklagt, ſondern zuvörderſt dem Käufer noch eine kurze Friſt geſetzt werden müſſe; welche allenfalls in zwey Monaten beſtehen, oder der Richter nach der Billigkeit beſtim-

74) *L. 2. L. 4. pr. L. 5. D. h. t.*

75) Arg. *L. 3. D. de contrab. emt. L. 41. pr. D. de rei vind.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. HILDEBRAND Diſſ. cit. §. 9. et 10. WILKENS Diſſ. cit. §. 9.

76) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. 1. in fin. pag. 399. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 38. et MÜLLER ad *Eundem* not β.

beſtimmen kann [77]). Hier findet auch noch bis zur Anſtellung der Klage morae purgatio Statt [78]). Iſt hingegen gleich Anfangs ein Zahlungstermin beſtimmt, ſo tritt ſogleich mit dem Ablaufe deſſelben der Verzug mit ſeinen Folgen ein, ohne daß es hier einer weitern Mahnung des Käufers bedarf [79]). II. Es muß der Zahlungstermin ganz bis auf die letzte Minute verſtrichen ſeyn [80]). Denn die Zeit wird hier de momento ad momentum gerechnet [81]). Auch die letzte Minute, in welcher die Bezahlung des Kaufgeldes erfolgte, kommt daher dem Käufer noch zu ſtatten.

§. 1008.

III. Mora des Käufers.

Soll der commiſſoriſche Vertrag Anwendung finden, ſo muß III. vor Ablauf des beſtimmten Termins die Bezah-

77) Arg. *L. 31. §. 22. D. de Aedilit. Edicto. L. 38. D. de minor.* VOET Comm. ad Pand. h t. §. 4. *Iac.* CUJACIUS Tract. VII. ad Africanum ad L. 23 D. de obligat. et act. circa fin. HILDEBRAND cit. Diſſ. §. 12. *van* MUSSCHENBROECK cit. Diſſ. Cap. I. pag. 641. Thibaut Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 959.

78) *L. 21. §. ult. D. de recept.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22.

79) *L. 4. §. ult. D. h. t.* Es heißt hier, dies pro homine interpellat. *L. 12. Cod. de contrah. ſtipulat. L. 2. C. de iure emphyt. Herm. Henr. ab* ENGELBRECHT Obſervat. ſelect. for. Specim. III. Obſ. 77.

80) Arg. *§. 2. I. et L. 42. D. de Verb. obligat. et L. 38. pr. D. de minorib.* LAUTERBACH Colleg. h. t. §. 17

81) *L. 2. D. de div. et temp. praeſcript.* SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 3.

Bezahlung des Kaufgeldes, ohne Schuld des Verkäufers, nicht erfolgt ſeyn. Daß den Säumigen Niemand gemahnt habe, kann ihm, wenn der Zahlungstermin im Vertrage beſtimmt worden iſt, zu keiner Entſchuldigung gereichen. Der Käufer iſt vielmehr verbunden, dem Verkäufer zu rechter Zeit die Zahlung ſelbſt anzutragen, ohne Mahnung von dem Verkäufer zu erwarten. Ulpian bemerkt zwar *L.* 4. §. *ult. D. h. t.* MARCELLUM dubitaſſe, commiſſoria utrum tunc locum habeat, ſi interpellatus non ſolvat, an vero ſi non obtulerit? Allein er erklärt ſich gegen dieſe Meinung ganz beſtimmt, wenn er ſagt: Et magis arbitror, *offerre eum debere*, ſi vult ſe legis commiſſoriae poteſtate ſolvere. Eine Interpellation des Käufers würde auch dem Verkäufer zum Nachtheil gereichen. Denn vor dem Eintritt des Zahlungstermins wäre ſie unzeitig, und nach Ablauf deſſelben würde ſie eine Entſagung auf die lex commiſſoria enthalten [82]). Eben ſo wenig ſichert den Käufer eine bloße Abſchlagszahlung, ſelbſt wenn er den größten Theil des Kaufgelds vor dem Ablauf des Zahlungstermins abgetragen hätte, wenn nicht das Ganze bezahlt worden iſt [83]). Denn eine theilweiſe, ſelbſt beynahe vollſtändige Erfüllung einer Contractsverbindlichkeit wird in ihren rechtlichen Folgen einer gänzlichen Nichterfüllung gleichgeachtet.

82) *L.* 7. *D. h. t.* S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 4. §. ult. D. h. t.

83) Arg. *L.* 6. §. 2. *D. h. t.* *L.* 25. §. 13. *D. Famil. erciſc.* *L.* 47. *D. de action. emti et vend.* LAUTERBACH Colleg. h. t. §. 17. Nr. II. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1968. und Thibaut Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 959.

tet [84]). Das Canoniſche Recht hat hierin nicht, wie einige [85]) behaupten wollen, das römiſche Recht abgeändert. Denn das *Cap. 9. X. de poenis* [86]), worauf man ſich beruft, redet nur von dem Falle, wenn der Richter die Erfüllung einer Verbindlichkeit unter Androhung einer Strafe befohlen hat. Hier fällt die Strafe weg, wenn der größte Theil der Verbindlichkeit erfüllet iſt. Es wird jedoch immer vorausgeſetzt, daß der Verkäufer nicht ſelbſt daran Schuld ſeyn müſſe, daß der Käufer nicht zur rechten Zeit Zahlung leiſtete. Denn iſt dieſes, ſo verliert der commiſſoriſche Vertrag ſeine Kraft. War daher der Verkäufer abweſend, ohne einen Bevollmächtigten zu hinterlaſſen, welchem die Zahlung hätte geleiſtet werden können, oder der Verkäufer verweigerte die Annehmung der ihm zu rechter Zeit angebotenen Zahlung ohne hinlänglichen Grund, ſo kann gegen den Käufer von dem commiſſoriſchen Vertrage kein Gebrauch gemacht werden. Eben dieſes gilt in dem Fall, wenn der Richter dem Käufer die Zahlung verbot [87]). In dieſen Fällen iſt zwar eine gerichtliche Hinterlegung der ſchuldigen Summe anzurathen, allein nothwendig

84) *L. 5. § 3. et 4. L. 85. §. 6. D. de verbor. obligat.* BARTHCHESIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 50. nr. 107. pag. 246. Thibaut Syſtem des P. R. 1. B. §. 106. der 4. Ausgabe.

85) ALTESERRA Innocent. III. ad cap. 9. X. de poenis pag. 605. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVII. Corol. 3. und Schmidt im Lehrbuche von Klagen und Einreden §. 908. Not. x.

86) Man ſehe über dieſen Text GONZALEZ TELLEZ Commentar. in Decretal. Tom. V. pag. 551.

87) VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 5. und LAUTERBACH Colleg. h. t. §. 17. nr. III.

wendig iſt ſie nicht zur Vernichtung der commiſſoriſchen Kraft; wenn nur auf andere Art bewieſen werden kann, daß der Käufer zur Zahlung bereit geweſen, allein durch den Verkäufer ſey gehindert worden, ſeine Verbindlichkeit zu erfüllen, wie aus folgenden Geſetzſtellen zu erſehen iſt.

L. 4. §. ult. D. h. t. Quodſi non habet, cui offerat, poſſe eſſe ſecurum.

L. ult. D. eodem. Mulier fundos Cajo Sejo vendidit, et acceptis arrhae nomine certis pecuniis, ſtatuta ſunt tempora ſolutioni reliquae pecuniae, quibus ſi non paruiſſet emtor, pactus eſt, *ut arrbam perderet, et inemtae villae eſſent:* die ſtatuto emtor teſtatus est, ſe pecuniam omnem reliquam paratum fuiſſe exſoluere, et ſacculum cum pecunia ſignatorum ſignis obſignavit; defuiſſe autem venditricem: poſteriore autem die nomine fiſci teſtato conventum emtorem, *ne ante mulieri pecuniam exſolveret, quam fiſco ſatisfaceret.* Quaeſitum eſt, an fundi non ſint in ea cauſa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditoris? Reſpondit, ſecundum ea, quae proponerentur, non commiſiſſe in legem venditionis emtorem.

Der Käufer hatte in dem Falle, wovon das Geſetz redet, die Vorſicht getroffen, in Gegenwart einiger Zeugen zu erklären, daß er an dem feſtgeſetzten Zahlungstage ſich mit dem Gelde in dem Hauſe des Verkäufers eingefunden habe, und zur Bezahlung der ganzen Kaufſumme bereit geweſen ſey, aber daſelbſt Niemanden, dem er habe zahlen können, angetroffen habe, und dann das Geld mit ſeinem und der Zeugen Pettſchaft verſiegelt. Deponirt hatte er aber das Geld nicht. Deßwegen war ſeine

Schuld-

Schuldverbindlichkeit dadurch noch nicht getilgt, ſondern er war jetzt nur gegen die Folgen des commiſſoriſchen Vertrags geſichert, weil ihm nun kein Verzug zur Laſt fiel. Daher erklärt ſich nun auch, wie dem Käufer das Verbot zugehen konnte, der Verkäuferin, wegen des von dem Fiscus ausgewirkten Arreſts, keine Zahlung zu leiſten. Es beweißt aber auch dieſer dem Käufer zur weitern Entſchuldigung gereichende Umſtand, daß der gehinderte Käufer dennoch ſchuldig ſey, ſich mit der Bezahlung einzufinden, ſobald das Hinderniß aufhört, wenn er nicht noch in die Strafe der lex commiſſoria fallen will [88]. Voet [89]) glaubt zwar, es ſey eine gerichtliche Hinterlegung nöthig, um aller Strafe zu entgehen. Allein die *L. 7. Cod. de pact. inter emtor. et venditor.* worauf er ſich beruft, ſchreibt dieſes nicht vor, wie aus folgenden Worten klar erhellet. Si a te comparavit is, cuius meminiſti, et convenit, ut, ſi intra certum tempus ſoluta fuerit data quantitas, ſit res inemta: remitti hanc conventionem reſcripto noſtro non iure petis. *Sed ſi ſe ſubtrahat, ut iure dominii eandem rem retineat, denunciationis et obſignationis depoſitionisque remedio contra fraudem* POTES *iuri tuo* CONSULERE. Es iſt zwar hier eigentlich von dem commiſſoriſchen Vertrage gar nicht die Rede; aber doch von einem Vertrage, wodurch die Aufhebung eines geſchloſſenen Kaufs auch von einer Zahlung war abhängig gemacht worden, welche binnen einer gewiſſen Zeit geſchehen mußte. Sollte in dieſem Falle der Käufer argliſtig die Zahlung hindern, um die

88) Weſtphal vom Kaufe §. 699.

89) Comm. ad Pand. h. t. § 5.

die Kraft des Vertrags zu vereiteln, ſo wird die Verſiegelung und Depoſition des Geldes blos als Cautel empfohlen [90]). Daß die lex commiſſoria noch zur Anwendung gebracht werden kann, wenn zwar anfänglich der Verkäufer die Zahlung aufhielt, der Käufer aber nachher ſich ſäumig finden ließ, lehrt noch inſonderheit die *L.* 51. §. 1. *D. de action. emt. et vendit*, wo **Labeo** ſagt: Quodſi fundum emiſti, *uti des pecuniam Calendis Iuliis*: etſi ipſis Calendis per venditorem eſſet factum, quo minus pecunia ei ſolveretur, deinde per te ſtaret, quo minus ſolveres: *uti poſſe adverſus te lege ſua venditorem*, dixi; quia in vendendo hoc ageretur, ut quandoque per emtorem factum ſit, quo minus pecuniam ſolvat, *legis poenam patiatur.* Dem Verkäufer darf nur aber keine Argliſt dabey zur Laſt fallen. Daher ſetzt **Javolen**, welcher des **Labeo** libri Poſteriorum, aus denen dieſe Stelle genommen iſt, epitomirt hat, noch hinzu: Hoc ita verum puto, *niſi ſi quid in ea re venditor dolo fecit.* Z. B. der Verkäufer nahm die Bezahlung an dem beſtimmten Termin darum nicht an, um ſie zu einer Zeit zu fordern, wo er wußte, daß der Käufer nicht ſogleich werde Rath ſchaffen können [91]). Auf keinen Fall kann jedoch den Käufer der Vorwurf einer Säumniß treffen, ſo lange der Verkäufer ſelbſt den Contract noch nicht in allen Puncten erfüllet hat. Denn wie kann er hier den Käufer eines Verzugs beſchuldigen, wenn er ſeiner Seits noch Puncten des Contracts nachzukommen hat? Dahin gehört z. B. wenn der Verkäufer noch

90) **Weſtphal** vom Kaufe §. 700.

91) S. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. III. not. d. et e.

noch vor der Bezahlung des Kaufgeldes wegen der Entwährung Caution zu leiſten ſich verbindlich gemacht, aber binnen der dem Käufer geſetzten Zeit nicht geleiſtet hat, wie aus folgender Geſetzſtelle erhellet. *L.* 10. § 1. *D. de reſc. vendit.* Emtor praediorum, cum ſuſpicaretur, Numeriam et Semproniam controverſiam moturas, pactus eſt cum venditore, ut ex pretio aliqua ſumma apud ſe maneret, donec emtori fideiuſſor daretur a venditore. Poſtea venditor eam legem inſeruit, *ut, ſi ex die pecunia omnis ſoluta non eſſet, et venditor ea praedia veniſſe nollet, invendita eſſent.* Interea de adverſariis alteram mulierem venditor ſuperavit: cum altera transegit, ita ut ſine ulla quaeſtione emtor praedia poſſideret. Quaeſitum eſt, cum neque fideiuſſor datus est, nec omnis pecunia ſecundum legem ſuis diebus ſoluta ſit, an praedia invendita ſint? Reſpondit: Si conveniſſet, *ut non prius pecunia ſolveretur, quam fideiuſſor venditi cauſa daretur,* nec id factum eſſet, cum per emtorem non ſtaret, quominus fieret, non poſſe poſteriorem legis partem exerceri. In dem Falle, welchen Scävola hier entſcheidet, ſchien zwar die verſprochene Cautionsleiſtung nicht mehr nöthig zu ſeyn, weil die von Seiten der im Geſetz genannten beyden Frauensperſonen zu beſorgenden Anſprüche abgethan waren. Allein es war einmal ausgemacht worden, daß das Kaufgeld nicht eher bezahlt werden ſollte, als bis die Caution geleiſtet ſeyn würde. Der Käufer konnte ſich alſo mit Recht an den Contract halten, zumal da das Verſprechen des Verkäufers, einen Bürgen zu ſtellen, nicht gerade auf die Perſon der beyden Weiber, welche damals Anſprüche an den verkauften Grundſtücken machten, beſchränkt worden,

ſon-

ſondern allgemein geſchehen war, mithin dem Käufer immer noch in andern Fällen von Nutzen ſeyn konnte [92]). Es kann auch wohl ſeyn, wie **Weſtphal** [93]) glaubt, daß vielleicht zu der Zeit, da die Zahlung geſchehen ſollte, der Streit mit den Weibern noch nicht beygelegt geweſen, und alſo wenigſtens damals die Bürgſchaft dem Käufer noch nöthig geweſen ſey.

§ 1009.

Wirkung des commiſſoriſchen Vertrags.

Die Wirkung des commiſſoriſchen Vertrags beym Kaufcontract hängt davon ab, ob der Vertrag unter einer reſolutiven oder ſuſpenſiven Bedingung geſchloſſen worden iſt [94]). In dem erſten Falle, welches der gewöhnliche iſt, iſt der Kauf gleich perfect [95]). Gefahr und Eigenthum der Sache geht daher auf den Käufer über, oder der Käufer wird wenigſtens durch die Uebergabe in die Lage verſetzt, die Sache uſucapiren zu können [96]). Sabinus glaubte zwar, die Uſucapion trete erſt von der Zeit an ein, da das Kaufgeld bezahlt worden. Allein ſeine Meinung ward verworfen [97]). Dem Käufer gehören

92) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 10. D. de reſc. vendit.

93) Lehre des gem. Rechts vom Kauf. §. 703. a. E.

94) VOET Comm. h. t. §. 1.

95) *L. 1. D. h. t.*

96) *L. 2. in fin. D. h. t. L. 74. D. de contrab. emt. L. 1. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compoſ.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10.

97) *L. 2. §. 3. D. Pro emtore.* S. Dabelow über die Verjährung. 1. Th. §. 70. Not. g. S. 332. ff.

ren auch in der Zwiſchenzeit alle Früchte der Sache [98]). Das Gegentheil von dem allen aber findet Statt, wenn der Vertrag ſuſpenſiv geſchloſſen worden iſt. Hier bleibt die Sache bis zur erfolgten Bezahlung des Kaufgeldes ein Eigenthum des Verkäufers mit allen rechtlichen Folgen deſſelben. Kurz es iſt hier eben ſo, wie oben (§. 1002.) beym pacto addictionis in diem bemerkt worden iſt. Erfolgt nun die Bezahlung des Kaufgeldes in dem beſtimmten Termin nicht, ſo verliert der Käufer ſein Recht aus dem Contract dergeſtalt, als ob der Contract nie geſchloſſen worden wäre [99]). Der Verkäufer iſt nun nicht mehr dem Käufer aus dem Contract verbindlich, ſondern er kann den ganzen Handel aufheben, und der Käufer muß die Sache mit allen Zubehörungen und gezogenen Früchten zurückgeben. Daß er auch die verurſachten Deteriorationen vergüten müſſe, verſteht ſich. Er verliert ferner das Handgeld (arrha), und was er ſonſt, des geſchloſſenen Kaufs wegen, an Koſten oder Geſchenken, z.

B.

98) *L. 5. D. h. t.* Lege fundo vendito dicta, *ut, ſi intra certum tempus pretium ſolutum non ſit, res inemta ſit:* de fructibus, quos interim emtor percepiſſet, hoc agi intelligendum eſt, *ut emtor interim eos ſibi ſuo quoque iure perciperet.* S. *Ge. Lud.* BOEHMER Theor. gen. de acquiſitione fructuum, §. 18.

99) *L. 4. pr. D. h. t.* ſagt: *finita eſt emtio.* Aber nicht venditio. Denn der Verkäufer kann noch, wenn er will, auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagen. Daher ſagt Pomponius *L. 6. §. 1. D. de contrab. emt.* Apparet hoc duntaxat actum eſſe, ne venditor emtori, pecunia ad diem non ſoluta, obligatus eſſet: non ut omnis obligatio emti et venditi utrique ſolveretur.

B. für die Frau und Kinder des Verkäufers, verwendet hat; nicht aber den voraus bezahlten Theil des Kaufgeldes, wofern er nicht als ein Handgeld gegeben, oder der Verluſt deſſelben zur ausdrücklichen Bedingung gemacht ward. In dieſem Falle darf dann aber auch der Käufer die genoſſenen Früchte behalten. Auf keinen Fall iſt jedoch der Käufer berechtiget von dem voraus bezahlten Theile des Kaufgeldes Zinſen zu forden. Dieſe hier vorgetragenen Sätze ſind zwar nicht durchaus von allen Rechtsgelehrten angenommen, wie nachher gezeigt werden wird; allein die Richtigkeit derſelben wird ſich aus folgenden Geſetzſtellen ergeben.

L. 4. pr. D. h. t. Si fundus lege commiſſoria venierit, hoc eſt, *ut niſi intra certum diem pretium ſit exſolutum, inemtus fieret:* videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo, quam de his, quae ex fundo percepta ſint? itemque ſi deterior fundus effectus ſit facta emtoris? Et quidem finita eſt emtio; ſed iam deciſa quaeſtio eſt, *ex vendito actionem competere*, ut reſcriptis Imperatoris ANTONINI et D. SEVERI declaratur.

L. 4. §. 1. D. eodem. Sed, quod ait NERATIUS, habet rationem: *ut interdum fructus emtor lucretur, cum pretium, quod numeravit, perdidit.* Igitur sententia NERATII tunc habet locum, quae eſt humana, *quando emtor aliquam partem pretii dedit.*

L. 5. D. h. t. Lege fundo vendito dicta, *ut, ſi intra certum tempus pretium ſolutum non ſit, res inemta ſit:* de fructibus, quos interim emtor percepiſſet, hoc agi intelligendum eſt, ut emtor interim eos ſibi

ſuo

ſuo quoque iure perciperet. *Sed ſi fundus reveniſſet*, ARISTO exiſtimabat, *venditori de his iudicium in emtorem dandum eſſe: quia nihil penes eum reſidere oporteret ex re, in qua fidem fefelliſſet.*

L. 6. pr. D. eodem. De lege commiſſoria interrogatus, ita reſpondit: Si per emtorem factum ſit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, *et id, quod arrbae, vel alio nomine datum eſſet, apud venditorem remanſurum.*

L. 6. §. 1. D. eodem. Idem reſpondit, ſi ex lege inemti ſint fundi, nec id, *quod acceſſurum dictum eſt*, emtori deberi.

Dieſe Geſetze ſind nun aber freylich nicht von allen Rechtsgelehrten auf gleiche Art verſtanden worden. Man ſtreitet ſich nämlich darüber, 1) ob der Verluſt der Arrha mit der Aufrufung des Geſchäfts ſchon als rechtliche Folge verknüpft ſey, oder nicht vielmehr durch den Vertrag ausdrücklich bedungen ſeyn müſſe? Mehrere [100]) behaupten das Letztere aus dem Grunde, weil die Arrha, welche nach abgeſchloſſenem Kaufe gegeben wird, auf den Kaufpreis abgerechnet werde, und alſo, wenn der Kauf rückgängig gemacht wird, zurückgegeben werden müſſe, wenn nicht ein Anderes verabredet worden ſey. Eben dieſes, ſagt man, beſtärken auch die Geſetze, welche immer einen ausdrücklichen Vertrag vorausſetzen, wenn der Käufer das Hand-

100) *Ge. Sam.* MADIHN Diſſ. de effectu legis commiſſoriae §. 7 WILKENS Diſſ. de lege commiſſoria emtionis venditionis §. 15. und Weſtphal vom Kaufe §. 713.

Handgelds verlieren ſoll. Man beruft ſich deswegen auf die *L.* 8. *D. h. t.*, wo Scävola folgenden Fall vorträgt: Mulier fundos Caio Seio vendidit, et acceptis *arrhae nomine* certis pecuniis, ſtatuta ſunt tempora ſolutioni reliquae pecuniae, quibus ſi non paruiſſet, *emtor* PACTUS *eſt, ut arrham perderet, et inemtae villae eſſent.* Von einem ſolchen Vertrage rede auch die *L.* 1. *Cod. de pactis inter emtorem et venditor.* wo Kaiſer Antonin reſcribirt: Si *ea lege* praedium vendidiſti, ut, niſi intra certum tempus pretium fuiſſet exſolutum, *emtrix arrhas perderet*, et dominium ad te pertineret: fides contractus ſervanda eſt. Man hält überdem dieſe Strafe für zu hart. Genug, daß der Käufer alle Rechte verliere. Daß auch der Verkäufer ſich noch mit ſeinem Schaden bereichern ſolle, ſey unbillig. Von einem ſolchen Vertrage müſſe denn auch die oben angeführte *L.* 6. *D. h. t.* um ſo mehr verſtanden werden, weil ſonſt Scävola mit ſich ſelbſt im Widerſpruche ſtehen würde. Allein alle dieſe Gründe ſind nicht überzeugend. Man kann immerhin zugeben, daß das bey einem unter der lex commiſſoria geſchloſſenen Kaufe gegebene Handgeld eine arrha pacto perfecto data ſey; es iſt auch an ſich richtig, daß eine ſolche Arrha zurückzugeben ſey, wenn die Erfüllung des Hauptgeſchäfts nicht Statt finden ſollte [1]). Allein, daß deſſen ungeachtet der ſchuldige Theil verwirke, was er unter dieſem Namen gegeben hat, lehrt die oben angeführte *L.* 6. *pr. D. h. t.* ausdrücklich; und es ſtreitet gegen alle Regeln der Auslegung, ein Geſetz, welches ganz allgemein gefaßt iſt, darum von

1) *L.* 11. *§.* 6. *D. de act. emti et vend.* *L.* 2. *Cod. Quando liceat ab emt. diſced.*

von einer beſondern Verabredung verſtehen zu wollen, weil in andern Geſetzen Fälle vorkommen, wo der Verluſt der Arrha bey dem commiſſoriſchen Vertrage ausdrücklich war bedungen worden. Es iſt ja gar nichts Neues, daß zuweilen durch Vertrag etwas zum Ueberfluß, und nur um allen möglichen Streite vorzubeugen, feſtgeſetzt wird, was auch ohne Vertrag ſchon gemeinen Rechtens geweſen wäre. *Etenim quae dubitationis tollendae cauſa contractibus inſeruntur, ius commune non laedunt*, ſagt mit Recht **Papinian** *L.* 56 *pr. D. Mandati.* Man kann es auch keine Unbilligkeit nennen, wenn die Geſetze den Käufer einer Strafe würdig halten, welche gerade in dem Verluſt desjenigen beſteht, was er zum Zeichen der unumſtößlichen Verbindlichkeit des Contracts gab, den er treulos gebrochen hat. Und hierin ſtimmen denn auch die meiſten Rechtsgelehrten [2]) überein.

Man ſtreitet ferner 2) darüber, ob nicht auch der vorausbezahlte Theil des Kaufgeldes verlohren gehe, wenn der Verkäufer ſich ſeines Rechts aus dem commiſſoriſchen Vertrage bedient? Viele [3]) halten auch dieſen Verluſt

T 2 für

2) *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 19. §. *Re emta.* pag. 926. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Nondum.* in fin. p. 399. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 54. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subſ. II. §. 39.

3) SCHILTER cit. loc. §. 54. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. *de* COCCEJI cit. loc. Qu. 8. WESTENBERG Princip. iur. Rom. ſec. ord. Dig. h. t. §. 9. ENGEL-

für gerecht, und dem oben angeführten Geſetz, *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* gemäß, wo beſonders die Worte merkwürdig ſind: *quando emtor aliquam partem pretii dedit.* Dieſe Worte ſcheinen den Sinn zu haben, daß der Käufer nicht blos in dem Falle, da es ausdrücklich ausgemacht worden, ſondern auch ſchon, vermöge des commiſſoriſchen Vertrags, den abſchläglich bezahlten Theil der Kaufſumme verliere. Eben ſo ſcheinen auch die Griechen das Geſetz verſtanden zu haben. Denn in den **Baſiliken** [4]) lautet dieſe Stelle ſo: Ὅτι ἐπὶ μέν τοῦ κομμισσορίου ὅρου εἰ μέρος καταβληθῇ τοῦ τιμήματος, εἰ μὴ καὶ τὸ λεῖπον ἐντὸς τῆς ὁρισθείσης προθεσμίας καταβληθῇ, ἀπόλλει καὶ τὸ καταβληθὲν ὁ ἀγοραστὴς, ἀναλυομένης τῆς πράσεως. καὶ τοῦτο οὐκ ἄνου λόγου, ἀλλὰ διὰ τὸ κερδαίνειν τοὺ ἐν τῷ μέσῳ καρπούς. i. e. *Ubi quid lege commiſſoria veniit, ſi pars aliqua pretii data fuerit, niſi et quod reliquum eſt pretii intra diem lege commiſſoria comprehenſum exſolutum ſit, reſoluta venditione amittit emtor etiam id, quod eſt numeratum, idque non absque ratione, ſed ut interea perceptos fructus lucretur.* Andere [5]) hingegen unterſcheiden, ob der bezahlte Theil des Kaufgeldes ſtatt einer Arrha gegeben, oder ob er zur Erfüllung des Contracts bezahlt worden ſey. In dem erſten

Falle

ENGELBRECHT Diſſ. de L. commiſſor. §. 23. HILDEBRAND cit. Diſſ. §. 19. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. III. Spec. CXCVII. cor. 4. WALCH cit. loc. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 4. u. a. m.

4) Tom. II. In Addend. ad Lib. XIX. Tit. 3. pag 658. nach Fabrot.

5) *Frid. Eſ.* a PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 59. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. X. pag. 500. und GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 1062.

Falle gehe er verlohren, in dem letzteren Falle aber müſſe er dem Käufer zurückgegeben werden, welchem deshalb die condictio ſine cauſa zuſtehe. Noch andere[6]) erklären die Stelle des **Ulpian** von dem Falle, wenn der Verluſt des abſchläglich bezahlten Kaufgeldes zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden iſt. Von allen weicht jedoch **Georg Samuel Madihn**[7]) ab, welcher einen Unterſchied macht, ob der Käufer Früchte von der Sache gezogen hat, oder nicht. In dem letztern Falle könne der Käufer das abſchläglich bezahlte Kaufgeld allemal zurückfordern, wenn der Contract von dem Verkäufer aufgerufen wird. In dem erſten Falle hingegen habe der Käufer die Wahl, ob er die gezogenen Früchte mit dem vorausbezahlten Theile des Kaufgeldes compenſiren, oder die Früchte reſtituiren, und das Kaufgeld zurückfordern wolle. Soviel iſt wohl gewiß, daß die gegenwärtige Streitfrage, ob der Käufer den abſchläglich bezahlten Theil des Kaufgeldes verliere, wenn der Kauf vermöge des commiſſoriſchen Vertrags aufgehoben wird, in der L. 4. gar nicht entſchieden worden iſt. Die oben aus den **Baſiliken** excerpirte Stelle darf uns auch nicht irre machen. Denn das neunzehnte Buch mit ſeinen Supplementen, woraus jene Stelle genom-

6) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XXV. Err. 5. §. *Nam et in ſpecie.* *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. § 3. *B.* BRANCHU Obſervation. ad ius Rom. Decad. I. cap. 7. Weſtphal vom Kauf. §. 709. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 541. not. g. Thibaut Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 958.

7) Diſſ. de effectu legis commiſſoriae parte pretii ſoluta. *Halae* 1755. §. 8. Mit ihm ſtimmt überein *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 189.

nommen iſt, gehört zu denjenigen Büchern der **Baſiliken**, welche unächt ſind [8]). Die Hauptfrage, welche **Ulpian** entſcheidet, war unſtreitig die, nämlich worauf der Verkäufer klagen könne, wenn er ſein Recht aus dem commiſſoriſchen Vertrage geltend macht, ob er nämlich mit dem Grundſtück auch die Früchte und Acceſſionen zurückfordern könne? Es ſchien ihm aber doch nur hauptſächlich um die Klage zu ſeyn. Denn es war unter den Secten der ältern Rechtsgelehrten ſtreitig, ob nach aufgehobenem Contract dem Verkäufer noch die actio venditi zuſtehe, oder ob nicht vielmehr die actio praeſcriptis verbis anzuſtellen ſey? Dieſen Streit haben jedoch die Kaiſer **Antoninus** und **Sever** nach der Meinung des **Sabinus** entſchieden [9]). Es war alſo nun auſſer Zweifel, daß auch die Klage ex vendito dem Verkäufer zuſtehe. Nun konnte aber noch die Frage entſtehen, ob nicht zuweilen der Käufer die Früchte lucrire? **Ulpian** hält dieſes, nach der Meinung des **Neratius**, wenigſtens in dem Falle für billig, wenn der Käufer ſchon einen Theil des Kaufgeldes vorausbezahlt hat, und dieſen verliert. Der Juriſt ſpricht alſo hier nicht allgemein, ſondern hypothetiſch, ohne darüber zu entſcheiden, in wiefern der Käufer dieſen Theil der Kaufſumme verliere. Alles, was ſich daraus folgern läßt, beſtehet demnach darin, daß zuweilen der Käufer den Theil der Kaufſumme, den er bereits vorausbezahlt hat, verlieren könne. Wer ſollte auch dieſes läugnen, wenn dieſer Theil des Kaufgeldes entweder, ſtatt einer Arrha,

8) S. Höpfner über die Baſiliken, in Hugo civiliſt. Magazin 2 Band Nr. XVIII. S. 401. f.

9) Man ſehe die Note 37. zum §. 1000. S. 226. f.

Arrha, war gegeben, oder der Verluſt deſſelben ausdrücklich war bedungen worden [10]? Auſſerdem muß er ſchlechterdings zurückgegeben werden. Denn es tritt hier ein ganz anderes Verhältniß, wie bey der gegebenen Arrha, ein. Dieſe ward zum Zeichen der unumſtößlichen Verbindlichkeit des Contracts, das abſchläglich bezahlte Kaufgeld aber zur Erfüllung des Contracts gegeben. Wie kann nun das, was zur Erfüllung des Contracts gegeben worden iſt, noch in den Händen des Empfängers bleiben, wenn dieſer vermöge des commiſſoriſchen Vertrags auf Vernichtung des Contracts klagt? Nach der Natur des Vertrags wird ja res inemta. Natürlich beſitzt alſo der Verkäufer den ihm vorausbezahlten Theil des Kaufgeldes von dem Augenblicke an ſine cauſa, da er ſein Recht aus dem Vertrage geltend macht. Daß der Käufer der Regel nach ſein Geld auch dann wieder zurückerhalten müſſe, wenn die Ungültigkeit des Handels auf den Fall der Contravention ausdrücklich iſt ausgemacht worden, lehrt noch inſonderheit die *L. 6. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. comp.* wo es heißt: Cum te fundum tuum, certae rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtuliſſe commemores, poterit tibi ea res non eſſe fraudi: quando, non impleta promiſſi fide, dominii tui ius in ſuam cauſam reverti conveniat [11]). Et ideo adi-

10) Man ſehe vorzüglich *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaeſtion. forenſ. Tom. I. cap. 44.

11) *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. IV. cap. 2. lieſet ſtatt conveniat, nicht ohne Grund *convenit.* Denn ohne hier eine ausdrückliche Verabredung anzunehmen, würde dieſe Entſcheidung mit *L. 12. Cod. de rei vindic. L. 12. C. de contr. emt.* *L. 14.*

aditus competens iudex fundum, cuius mentionem facis, reſtitui tibi cum fructibus ſuis, ſine ulla ludificatione, ſua auctoritate perficiet: praecipue cum et adverſa pars, *receptis nummis ſuis*, nullam paſſa videri poſſit iniuriam. Der Verkäufer giebt jedoch den ihm vorausbezahlten Theil des Kaufgeldes ohne Zinſen zurück. Denn weder ein Vertrag, noch ein Verzug, noch irgend ein anderer beſonderer Grund einer geſetzlich anerkannten Billigkeit iſt hier vorhanden, welcher den Verkäufer zur Zinſenzahlung verpflichtet [12]. Weſtphal [13] will zwar den Fall ausnehmen, wenn der Verkäufer ſelbſt Zinſen von jenem Gelde bezogen hätte. Allein der Verkäufer mußte ja dann auch die Gefahr des Capitals übernehmen [14]. Nichts kann nun aber wohl der Billigkeit gemäßer ſeyn, als daß der, welcher die Gefahr des Anlehns zu tragen hat, auch die Zinſen davon beziehen dürfe [15].

§. 1010.

L. 14. C. de reſc. vendit. und *L. 6. Cod. de act. emti et vend.* in offenbarem Widerſpruche ſtehen.

12) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 2. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Henr.* HILDEBRAND Diſſ. de lege commiſſoria vendit. adiecta. §. 20. *Io. Ad. Th.* KIND Quaeſtion. for. Tom. I. cap. 44. pag. 178. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 541.

13) Vom Kauf §. 701.

14) *L. 62. D. de rei vindicat.* — cum pecunia *periculo dantis* foeneretur.

15) *L. 67. §. 1. D. pro ſocio. L. 10. §. 8. D. mandati.*

§. 1010.

Klagen, welche dem Verkäufer wegen des commiſſoriſchen Vertrags zuſtehen.

Die Klage, womit der Verkäufer die Sache nebſt den Acceſſionen und gezogenen Früchten, vermöge des commiſſoriſchen Vertrags, von dem Käufer zurückfordert, iſt nun, ſo ſtreitig es auch ehemals unter den ältern Römiſchen Rechtsgelehrten war [16]), ganz entſchieden die actio venditi [17]). Sehr merkwürdig iſt die Stelle aus des **Pomponius** libro IX. ad Sabinum, welche nach *L. 6. §. 1. D. de contrah. emt.* ſo lautet: Si fundus annua, bima, trima die, ea lege veniſſet, *ut ſi in diem ſtatutum pecunia ſoluta non eſſet, fundus inemtus foret: et ut, ſi interim emtor fundum coluerit, fructusque ex eo perceperit, inemto eo facto, reſtituerentur; et ut quanti minoris poſtea alii veniſſet, ut id emtor venditori praeſtaret:* ad diem pecunia non ſoluta, placet venditori EX VENDITO eo nomine actionem eſſe. Nec conturbari debemus, quod inemto fundo facto dicatur *actionem ex vendito* futuram eſſe: in emtis enim et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum ſit, ſequendum eſt. Et cum lege id dictum ſit, apparet, *hoc duntaxat actum eſſe, ne venditor emtori, pecunia ad diem non ſoluta, obligatus eſſet: non ut omnis obligatio emti et venditi utrimque ſolveretur.* Jedoch kann auch die actio praeſcriptis verbis gebraucht werden [18]). Gegen den dritten Beſitzer der Sache ſteht dem Ver-

16) Siehe die Note 37. zu dem §. 1000. S. 226. f.

17) *L. 4. pr. D. h. t.*

18) *L. 2. Cod. de pact. inter emtor. et venditor.* S. *Hieron. de* OROZ de Apicibus iur. civ. Lib. III. cap. 7. nr. 4. et 5.

Verkäufer nicht minder die rei vindicatio zu. Mehrere Stellen des Römiſchen Rechts 19) gedenken dieſer Klage ausdrücklich. Iſt nun der commiſſoriſche Vertrag unter einer ſuſpenſiven Bedingung geſchloſſen worden, ſo läßt ſich dieſes auch leicht erklären, weil hier das Eigenthum nicht auf den Käufer übergeht, ſo lange das Kaufgeld nicht abgetragen worden iſt. Iſt hingegen der Vertrag, wie gewöhnlich, unter einer reſolutiven Bedingung geſchloſſen worden, ſo iſt es ſtreitig, in wiefern hier die rei vindicatio Statt finde? Viele 20) wollen dieſe Klage hier blos in dem Falle für zuläßig halten, wenn ſich der Verkäufer das Eigenthum vorbehalten, und dem Käufer blos einen prekären Beſitz eingeräumt hat. Dieſe Meinung gründet ſich auf die *L.* 3. *Cod de pact. inter emtor. et venditor compoſ.* wo der Kaiſer Alexander auf folgende Art reſcribirt: Qui ea lege praedium vendidit, *ut niſi reliquum pretium intra certum tempus reſtitutum eſſet, ad ſe reverteretur:* ſi non precariam poſſeſſionem tradidit, *rei vindicationem* non habet, ſed actionem ex vendito. Die meiſten 21) aber unterſchei-

19) *L. ult. D. h. t. L. 4. Cod. de pact. inter emt. et venditor.*

20) Weſtphal vom Kauf §. 962. u. 963. WILKENS Diſſ. de lege commiſſ. emt. vendit. §. 17. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 541. KIND Quaeſt. for. Tom. I. c. 44. pag. 176. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 1062.

21) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 36. et MÜLLER ad *Eundem* not. ξ. *de* BERGER Oeconom. iur. Lib. III. Tit. V. Th. 7. Not. 1. Lib. B. *a* WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. II. P. VII. Obſ. 228. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. 7. 12. et 13.

STRYK

ſcheiden, ob der Vertrag verbis directis oder verbis obliquis gefaßt worden. In dem erſten Falle, wenn es z. B. in dem Vertrage heißt, der Kauf ſoll für nicht geſchloſſen gehalten werden, er ſoll ipſo iure nichtig ſeyn; könne die Sache vindicirt werden. In dem letztern Falle aber, wenn der Vertrag z. B. ſo lautet, der Käufer ſolle ſchuldig ſeyn, die Sache zu reſtituiren, finde nur die actio venditi Statt. Eben dahin deutet auch wohl nur der Unterſchied, den **Gerhard Noodt** [22]) zwiſchen dem Vertrage, ut fundus inemtus ſit, und dem Vertrage, ut fundus inemtus fiat, macht. Vergleichen wir die hierüber vorhandenen Geſetze des Römiſchen Rechts, ſo kann wohl nicht geläugnet werden, daß, wenn der commiſſoriſche Vertrag ſo gefaßt iſt, wie die Formel deſſelben *L.* 2. und *L.* 8. *D. h. t.* lautet: Si ad diem pecunia ſoluta non ſit, *ut fundus inemtus ſit*, die Reivindication gegen jeden dritten Beſitzer der Sache Statt finde. Denn ſoll der Kauf auf den Fall, da das Kaufgeld nicht zur geſetzten Zeit bezahlt werden wird, für nicht geſchloſſen gehalten werden, ſo fällt, wenn dieſe Bedingung eintritt, das Eigenthum ipſo iure an den Verkäufer zurück, als wenn es gar nicht wäre übertragen worden [23]). Die Exiſtenz

STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1968.

22) Commentar. ad Dig. h. t. §. fin. pag. 400.

23) Die Worte der *L.* 5. *D. h. t.* Sed ſi fundus *reveniſſet*, in der Verbindung, in welcher ſie ſtehen, laſſen ſich allerdings mit *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 7. D. h. t. §. 1. pag. 454. ſo erklären; beſonders wenn man bedenkt, daß auch das Pfandrecht erliſcht, welches der Käufer während ſeines Be-

ſtenz dieſer Bedingung vernichtet daher unſtreitig das Geſchäft rückwärts [24]). Es iſt dieſes auch ganz der Natur deſſen gemäß, was die Geſetze commiſſum, verwirkt, nennen. So ſagt nämlich Ulpian *L.* 14. *D. de publican.* Quod COMMISSUM eſt, *ſtatim deſinit eius eſſe*, qui crimen contraxit, *dominiumque rei vectigali acquiritur*, eapropter commiſſi perſecutio, ſicut *adverſus quemlibet poſſeſſorem*, ſic et adverſus heredem competit. Allein daß die Reſolutivbedingung dieſes Vertrags nicht immer ſo ausgedruckt wurde, wie jene Formel lautet, ſondern daß man ſich auch anderer Worte und Formeln dabey bedient habe, lehrt die oben angeführte *L.* 3. *Cod. de pactis inter emtor. et vendit.* wo ſtatt: *ut fundus inemtus ſit*, die Worte: *ut praedium ad venditorem reverteretur*, oder wie es *L.* 1. *C. eodem* heißt: *dominium ad venditorem pertineret* [25]), gebraucht worden ſind. Sollte alſo hier die beygefügte Reſolutivbedingung nicht gleiche Wirkung haben, wie in jenem Falle? Nein, ſagt man, weil die *L.* 3. *C. cit.* dem Verkäufer die Reivindication ausdrücklich verſagt. Sonder-

Beſitzes einem Dritten auf der Sache beſtellet hat. *L.* 31. *D. de pignor. et hyp.* Das auf den Käufer übertragene Eigenthum wird alſo offenbar ex tunc reſolvirt. S. den 8. Th. dieſes Commentars 1. Abth. §. 577. S. 76. ff.

24) S. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. c. 19. §. *Re inemta.* BACHOV Not. et Animadverſ. ad *Treutlerum* Vol. I. Diſput. XXVIII. Th. 9. lit. D. MUSSCHENBROEK Diſſ. de lege commiſſoria Cap. I. §. *Vi porro.* pag. 645. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. et 7. et EMMINGHAUS ad *Eundem* not. f. Tom. II. pag. 395.

25) *L.* 31. *D. de pign. et hyp.* heißt es auch: *fundus ad dominum redeat.*

derbar. Sind denn die Worte: *ad ſe reverteretur* nicht eben ſo gut verba directa, als die Worte *res inemta ſit?* Sie drücken ja den Effect des Vertrags, Rückfall des Eigenthums, noch beſtimmter aus. Und kommt es denn überhaupt bey bonae fidei Contracten auf den Unterſchied der Formel an? Es iſt daher entweder mit Thibaut [26]) anzunehmen, daß die *L. 3. Cod. cit.* ſich blos auf einen beſtimmten Fall beziehe, wo die Vindication, weil die auflöſende Bedingung noch nicht eingetreten war, nicht Statt fand, ſondern nur die Contractsklage ad implendum gebraucht werden konnte; oder daß, wie Teiſterbant [27]) will, das Geſetz gar nicht vom commiſſoriſchen Vertrage rede, welches Letztere ich jedoch nicht behaupten möchte.

§. 1011.

Der Verkäufer kann ſich auch ſeines Rechts begeben. In wiefern iſt dem ſäumigen Käufer morae purgatio erlaubt?

Tritt die Bedingung des commiſſoriſchen Vertrags ein, ſo hängt es von der Wahl des Verkäufers ab, ob er ſich des ihm nach dem Vertrage zuſtehenden Rechts, den Handel aufzuheben, bedienen wolle, oder nicht. Denn der Vertrag iſt blos zu ſeinem Vortheil beygefügt. Der Verkäufer kann alſo nach ſeinem Gefallen entweder noch auf die

26) Civiliſtiſche Abhandlungen. Abhandl. 17. (Heidelberg 1814.) Nr. II. S. 377.

27) Obſervation. et Emendationum lib. un. (*Brunovici 1706.*). Cap. XVII. pag. 123. ſqq.

die Erfüllung des Contracts bringen, oder auf Zurückgabe der Sache mit den Früchten klagen. Wollte man ihm dieſe Wahl nehmen, ſo würde es in der Macht des Käufers ſtehen, durch Zurückhaltung des Kaufgeldes das Geſchäft ſelbſt rückgängig zu machen, um den Schaden des Zufalls, welcher vielleicht die Sache unterdeſſen betroffen hat, nicht tragen zu dürfen. Dieſen Grund braucht auch **Pomponius** *L.* 2. *D. h. t.* wo er ſagt: Cum venditor fundi in lege ita caverit, *ſi ad diem pecunia ſoluta non ſit*, *ut fundus inemtus ſit*, ita accipitur *inemtus eſſe fundus*, ſi venditor inemtum eum eſſe velit, *quia id venditoris cauſa caveretur*: nam ſi aliter acciperetur, exuſta villa, in poteſtate emtoris futurum, ut non dando pecuniam inemtum faceret fundum, qui eius periculo fuiſset. Und **Ulpian** fügt *L.* 3. *eodem* noch hinzu: Nam legem commiſſoriam, quae in venditionibus adjicitur, *ſi volet*, venditor exercebit, non etiam *invitus*. Der Verkäufer kann daher auch ſeinem Recht, den Handel aufzuheben, entſagen, welches denn auch ſtillſchweigend dadurch geſchiehet, wenn er nach Ablauf des Zahlungstermins das Kaufgeld oder auch nur einen Theil deſſelben angenommen, oder den Kaufpreis oder die Zinſen davon gerichtlich oder außergerichtlich eingefordert hat [28]. Hat er aber einmahl gewählt, ſo muß es dabey bleiben, und es findet nach-

28) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Weſtphal vom Kauf §. 196. u. 697. Gebr. Overbek Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 3. B. Med. 140.

nachher wider des Käufers Willen keine weitere Aenderung Statt [30]).

L. 6. §. 2. D. h. t. Poſt diem lege commiſſoria comprehenſum, venditor partem reliquae pecuniae accepit. Reſpondit, ſi poſt ſtatutum diem reliquae pecuniae, venditor legem dictam non exercuiſſet, *et partem reliqui debiti accepiſſet, videri receſſum a commiſſoria.*

L. 7. D. eodem. Poſt diem commiſſoriae legi praeſtitutum, *ſi venditor pretium petat, legi commiſſoriae renunciatum videtur*, nec variare, et ad hanc redire poteſt.

L. 4. Cod. de pact. inter emtor. et vendit. Commiſſoriae venditionis legem exercere non poteſt, qui poſt praeſtitutum pretii ſolvendi diem non vindicationem rei eligere, *ſed uſurarum pretii petitionem ſequi maluit.*

Man behauptet zwar gewöhnlich, der Verkäufer müſſe ſich ſogleich nach Ablauf der feſtgeſetzten Zahlungszeit erklären, ob er von ſeinem Recht Gebrauch machen wolle, oder nicht. Denn vor erfolgter Erklärung ſey dem Käufer noch morae purgatio erlaubt [31]). Es ſcheint auch

30) *L. 75. D. de div. reg. iur.* Nemo poteſt mutare conſilium ſuum in alterius iniuriam. S. *Iacob.* CUJACIUS Commentar. in libr. III. Reſponſor. Papiniani ad *L.* 7. D. h. t. (*Operum poſthumor.* Tom. I. edit. *Fabroti* pag. 146.)

31) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 7. not. 4. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVII. medit. 4. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 3. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 2. B. §. 959. u. a. m.

auch die *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* dieſe Meinung zu begünſtigen, wo **Ulpian** ſagt: Eleganter PAPINIANUS *libro III. Reſponſorum* ſcribit, STATIM, *atque commiſſa lex eſt, ſtatuere venditorem debere, utrum commiſſoriam velit exercere, an potius pretium petere:* nec poſſe, ſi commiſſoriam elegit, poſtea variare. Allein das Geſetz ſagt von der morae purgatio kein Wort. Ueberdem wäre in der That der Ausdruck *ſtatim, atque commiſſa lex eſt*, eine viel zu ſchwankende Beſtimmung, wenn dem Verkäufer hierdurch zur Ausübung ſeines Rechts ein peremtoriſcher Termin hätte vorgeſchrieben werden wollen. Man hat dieſes auch wohl eingeſehen. Daher giebt man ſelbſt zu, es ſey dieſes nicht ſo confeſtim et ſine ullo intervallo, ſondern cum aliquo laxamento temporis zu verſtehen, welches dem richterlichen Ermeſſen zu überlaſſen ſey, oder wenigſtens einen Zeitraum von zehen Tagen ausfüllen müſſe [32]). Allein alles dieſes iſt viel zu willkührlich, um davon den Verluſt eines Rechts abhängig zu machen, wovon das Geſetz auch nicht entfernt ſpricht. Ueberdem ſteht jener Meinung entgegen, daß mit dem Eintritt der Bedingung des commiſſoriſchen Vertrags das Recht des Säumigen erloſchen iſt. Finita eſt emtio, ſagt **Ulpian** *L.* 4. *pr. D. h. t.* Mit welchem Recht ſoll alſo der Käufer dem Verkäufer das Kaufgeld aufdringen dürfen, wenn dieſer ſich, vermöge der ihm nach den Geſetzen zuſtehenden Wahl, ſeines Rechts, den Handel aufzuheben, bedie-

32) Arg. *L.* 21. §. 1. *D. de conſtit. pecun.* S. *Ioſ.* FINESTRES Hermogen. ad L. 7. D. h. t. §. 4. pag. 456. *van* MUSSCHENBROEK Diſſ. de lege commiſſoria Cap. I. in fine und KIND Quaeſtion. for. Tom. I. cap. 44. pag. 175.

bedienen will? Vergeblich beruft man ſich auf die *L.* 73. §. 2. *D. de verbor. obligat.* wo **Paulus** ſagt: promiſſor poſt moram offerendo purgat moram. Denn man erwäge, daß die Anbietung der ſchuldigen Sache zwar für die Zukunft gegen die Folgen des Verzugs ſchützt, z. B. wenn die ſchuldige Sache nachher zu Grunde geht; aber die ſchon verwirkte Strafe des Verzugs wird dadurch nicht aufgehoben [33]). Dies iſt nun aber hier der Fall. Klare Geſetze verordnen hier, daß die Wirkung des commiſſoriſchen Vertrages ſofort eintreten ſolle, als der zur Erfüllung des Contracts geſetzte Termin verſtrichen iſt.

L. 23. *pr. D. de receptis.* CELSUS ait, ſi arbiter *intra Calendas Septembres* dari iuſſerit, nec datum erit: *licet poſtea offeratur*, *attamen ſemel commiſſam poenam compromiſſi non evaneſcere:* quoniam ſemper verum eſt, intra Calendas datum non eſſe.

L. 23. *D. de obligat. et actionib.* Trajectitiae pecuniae nomine, ſi ad diem ſoluta non eſſet, poena (uti adſolet) ob operas eius, qui eam pecuniam peteret, in ſtipulationem erat deducta: is, qui eam pecuniam petebat, parte exacta petere deſierat: deinde interpoſito tempore interpellare inſtituerat. Conſultus reſpondit, eius quoque temporis, quo interpellatus non eſſet, poenam peti poſſe: amplius etiam, ſi omnino interpellatus non eſſet: nec aliter non committi ſtipulationem, quam ſi per debitorem non ſtetiſſet, quominus ſolveret. De illo ſane poteſt dubitari,

33) S. *Hug.* DONELLUS Commentar. ad Tit. Dig. de verbor. obligationib. ad L. 91. §. 3. h. t. nr. 6. pag. 321. ſq.

tari, ſi interpellatus ipſe moram fecerit: an, *quamvis pecuniam poſtea offerat, nihilominus poena committatur? Et hoc* RECTIUS *dicitur.* — Hoc idem dicendum, ſi cum quid ea lege venierit, *ut niſi ad diem pretium ſolutum fuerit, inemta res fiat.* Afrikan entſcheidet hier gerade die Frage, ob morae purgatio Statt finde, wenn der Schuldner nach Ablauf des Zahlungstermins noch Zahlung anbietet? Er entſcheidet ſie verneinend: Quamvis pecuniam poſtea offerat debitor moroſus, ſagt er, *nihilominus poenam committi*, rectius dicitur. Dieſes begründet er durch die Beyſpiele eines mittelſt einer Conventionalſtrafe beſtärkten Compromiſſes, in deſſen Gemäßheit der Schiedsrichter den Beklagten zur Zahlung verurtheilt hatte, und des commiſſoriſchen Vertrags; und Cujaz [34]) giebt hiervon den ganz treffenden Grund an: *quod inter contrahentes id agi intelligitur, ut qui ſemel, ad diem non ſoluta pecunia, in poenam inciderit, ſolvere ſe ab ea non poſſit, ne alioquin dies et poena praeſcribatur fruſtra.* Dieſe Meinung hat auch die Auctorität mehrerer berühmter Rechtsgelehrten [35]) für ſich.

§. 1012.

34) Comm. ad Africanum Tract. VII. ad L. 23. D. de obligat. et action.

35) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 6. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. Weſtphal vom Kauf §. 696. *Chriſt. Henr.* BREUNING Quaeſt. iur. controv. An mora purgari poſſit oblato pretio in venditione ſub pacto legis commiſſoriae. *Lipſiae 1771.* und HOFACKER Princip. iur civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1969.

§. 1012.

Auch bey andern Contracten kann der commiſſoriſche Vertrag hinzugefügt werden. Aber nie wird er vermuthet.

Nicht blos beym Kauf, ſondern auch bey andern Verträgen und Contracten, z. B. bey Eheverlöbniſſen [36]), beym Pacht, Tauſch, Transact [37]), auch beym Darlehn kann die lex commiſſoria hinzugefügt werden, wenn nämlich verabredet wird, daß wenn der Schuldner mit der Bezahlung der Zinſen in einem Termin nicht richtig einhalten würde, der Contract ſofort, und ohne weitere Aufkündigung, aufgehoben, und der Gläubiger das ganze Kapital auf einmal zu fordern berechtiget ſeyn ſolle [38]). Es treten denn hier auch eben die Grundſätze ein, welche wegen des commiſſoriſchen Vertrags gemeinrechtlich ſind. Nur der Pfandcontract iſt ausgenommen, bey welchem die Geſetze dieſen Vertrag verbieten, wovon ſchon an einem andern Orte ausführlicher gehandelt worden iſt [39]).

Ohne ausdrückliche Beyfügung wird übrigens der commiſſoriſche Vertrag bey keinem Rechtsgeſchäft vermuthet. Ohne dieſen Vertrag kann daher nur auf Erfüllung, nicht auf Reſciſſion des Contracts, geklagt werden. Mit

36) BERGER Oeconom. iuris Lib. I. Tit. 3. Th. 4.

37) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVII. Cor. I. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 11. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. I. P. V. Obſ. 3. HILDEBRAND Diſſ. de lege commiſſoria §. 21. und ENGELBRECHT Diſſ. cit. §. 28—30.

38) S. *Io. Ad. Th.* KIND Quaeſtion. for. Tom. I. cap. 44. pag. 181. ſqq.

39) S. Th. XIV. §. 869.

Recht reſcribirten daher die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** *L. 8. Cod. de contrah. emt. et vendit.* [40]) gegen den Verkäufer, wenn ſie ihm blos die Klage gegen den Käufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes, aber keine Zurückforderung der dem Käufer bereits übergebenen Sache geſtatten. Selbſt alsdann, wenn die Zahlung des Kaufgeldes an einem beſtimmten Tage verſprochen worden, und nicht erfolgt iſt, hört die Gültigkeit des Contracts an ſich nicht auf, ſondern der ſäumige Käufer iſt dann nur zur Entſchädigung des Verkäufers gehalten [41]). Mehrere Rechtsgelehrten [42]) wollen zwar bey den Subhaſtationen eine Ausnahme machen. Sie glauben, es hänge von der Willkühr des ſubhaſtirenden Richters, oder vielmehr derjenigen ab, welche dabey intereſſirt ſind, ob ſie den Meiſtbietenden zur Erlegung des Kaufpreiſes anhalten, oder das Gut aufs neue ſubhaſtiren laſſen wollen. Allein in den Geſetzen iſt dieſe Meinung nicht gegründet. Auch die Subhaſtation iſt eine Art des Kaufs, und richtet ſich nach der Natur deſſelben. Es kann daher auch eine Subhaſtation, wegen nicht bezahlten Kaufgeldes, eben

40) Si non donationis cauſa, ſed vere vineas diſtraxiſti, nec pretium numeratum eſt, actio tibi pretii, non eorum, quae dediſti, repetitio competit.

41) *L. 14. Cod. de reſc. vendit. L. 12. Cod. de rei vind. L. 6. C. de act. emti et vend.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 21. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCIV. med. 3.

42) *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 29. Th. 3. not. 11. *Chriſtph. Lud.* CRELL Diſſ. Legem commiſſoriam ſubhaſtationibus tacite ineſſe. *Vitembergae 1746.* und HILDEBRAND Diſſ. de lege commiſſoria. §. 5.

eben ſo wenig, als ein anderer Kauf, aufgehoben werden, wofern nicht durch partikuläre Landesgeſetze ein Anders verordnet iſt[43]). Iſt dieſer Fall nicht vorhanden, ſo iſt kein Grund abzuſehen, einer Subhaſtation Eigenſchaften und Wirkungen beyzulegen, die nicht aus der Natur der Sache folgen[44]). Zwar iſt es an ſich richtig, daß das Eigenthum der Sache auch nicht einmal durch die Uebergabe auf den Käufer übergeht, wenn ihm die Sache weder auf Credit verkauft, noch von ihm das Kaufgeld bezahlt worden iſt. Allein eben ſo unbezweifelt iſt es auch, daß doch der Contract ſelbſt ſchon durch die erfolgte Adjudication ſeine Vollkommenheit erhalten habe. Der Käufer hat alſo durch dieſelbe ein ſo vollkommenes Recht erlangt, daß ohne ſeine Einwilligung der Contract nicht wieder aufgehoben werden kann. Man kann allerdings zugeben, daß jeder Adjudicationsbeſcheid die ſtillſchweigende Bedingung enthalte, daß, wofern die Bezahlung der Kaufgelder in der geſetzten Zeit nicht erfolgt, der Käufer ſich die anderweitige Subhaſtation des Grundſtücks auf ſeine Gefahr und Koſten gefallen laſſen müſſe[45]); dennoch iſt auch darin keine lex commiſſoria enthalten, nämlich ſo, daß der Käufer mit dem Augenblick der nicht zur gehörigen Zeit erfolgten Zahlung alles Recht aus

43) Z. E. in Sachſen, vermöge der verbeſſerten Gerichtsordnung Tit. 39. §. 17.

44) Man ſehe MADIHN Diſſ. de effectu legis commiſſoriae parte pretii ſoluta. §. 3. und KIND Quaeſtion. for. Tom. I. cap. 44. pag. 179.

45) Dieß iſt auch in der allgemeinen Preußiſchen Gerichtsordnung 1. Th. Tit. 52. §. 62. verordnet.

aus der erhaltenen Adjudication verlohren habe. Nein! der Contract bleibt dergeſtalt in ſeinen Würden, daß nicht nur die Unglücksfälle, welche der Licitant von dem Tage des publicirten Adjudicationsbeſcheides an übernehmen muß, den Käufer treffen, ſondern demſelben auch bis zur erfolgten anderweitigen Subhaſtation und Adjudication moram zu purgiren, und durch Erfüllung des Contracts der Execution, oder Subhaſtation und Adjudication vorzubeugen freyſtehen muß [46]).

46) S. Ernſt Ferd. Klein's Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit in den Preuß. Staaten. 5. B. S. 156. ff.

Lib. XVIII. Tit. IV.

De hereditate vel actione vendita.

§. 1013.

I. Verkauf der Erbſchaften. 1) In wiefern iſt ein ſolcher Kauf gültig?

Auch unkörperliche Sachen können ein Gegenſtand des Kaufs ſeyn. Dahin gehören unter andern Erbſchaften und Klagen, von deren Verkauf in dieſem Titel gehandelt wird.

I. Bey dem Verkaufe der Erbſchaften [47]) kommt es 1) auf die Frage an, in wiefern ein ſolcher Kauf gilt? Es ſind hier folgende Fälle zu unterſcheiden.

A) Die Erbſchaft wird als eine noch künftige verkauft. Ein ſolcher Kauf war 1) nach dem Recht der Pandecten ſchlechterdings ungültig, weil man eine noch künftige Erbſchaft nach der Regel: viventis non eſt hereditas, als eine nicht exiſtirende Sache anſahe. Pom-

47) *Chriſt. Lud.* CRELL Theſ. iuris civ. de hereditate vendita. *Vitemb. 1752. Io. Melch. Gottl.* BESEKE de alienatione hereditatis ad explicandam L. 2. D. de hered. vel act. vendit. *Halae* 1774. 8. und Weſtphal vom Kauf. §. 835. ff. S. 625—652.

Pomponius erklärt einen ſolchen Kauf, der über die künftige Erbſchaft einer noch lebenden Perſon geſchloſſen worden iſt, geradezu für nichtig, wenn er *L.* 1. *D. h. t.* ſagt: Si hereditas venierit eius, *qui vivit*, aut nullus eſt, *nihil eſſe acti· quia in rerum natura non ſit, quod venierit.* Und Paulus erfordert *L.* 7. *D. eodem* ausdrücklich zur Gültigkeit des Geſchäfts, daß eine Erbſchaft wirklich exiſtire. Cum hereditatem aliquis vendidit, ſagt er, *eſſe debet hereditas, ut ſit emtio.* Nec enim alea emitur, ut in venatione et ſimilibus, ſed res: quae ſi non eſt, non contrahitur emtio, et ideo pretium condicetur. Verbinden wir noch damit den Begriff, den Julian *L.* 62. *D. de reg. iuris* von hereditas giebt, wenn er ſagt, ſie ſey nichts anders, als ſucceſſio in univerſum ius, quod DEFUNCTUS habuit; ſo iſt es nun wohl begreiflich, warum die Römiſchen Rechtsgelehrten eine noch künftige Erbſchaft für keinen Gegenſtand eines gültigen Kaufs hielten [48]). Zwar ſcheint ſich Ulpian *L.* 2 §. 2. *D. h. t.* wo er die Meinung ausführt, daß der Käufer der väterlichen Erbſchaft die Erbſchaft des Pupillen nicht anſprechen könne, wenn ſie ihm nicht von dem Subſtituten des Pupillen ausdrücklich mit verkauft worden iſt, auf eine Art zu äuſſern, welche es zweifelhaft macht, ob nicht auch ſchon nach den Geſetzen der Pandecten eine noch künftige Erbſchaft habe verkauft werden können. Er ſagt nämlich: Plane

48) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 1. D. h. t. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 400 WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Pandect. h. t. §. 4. et 5. und Schöman Handbuch des Civilrechts 2. B. S. 185.

Plane, ſi hoc actum ſit, dicendum erit, etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, MAXIME *ſi iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.* Allein die Ausleger ſind hier einverſtanden, daß das Wort *maxime* hier nicht den ſonſt gewöhnlichen implicativen Sinn habe, ſo daß es auch den contrairen Fall enthielte; ſondern es ſey hier vielmehr einſchränkend, entweder nach **Anton Faber**[49]) für *ſcilicet*, oder nach **Broncborſt**[50]), dem auch **Pothier**[51]) beyſtimmt, für *utique* zu nehmen[52]). Man könnte aber auch immerhin die gewöhnliche Bedeutung von maxime beybehalten, und mit **Doneau**[53]) annehmen, die Erbſchaft des Pupillen habe auch eben ſowohl vor deren Anfall von dem Subſtituten deſſelben verkauft werden können; dennoch würde daraus nicht nothwendig folgen, daß der Pupill zur Zeit des über ſeine Erbſchaft geſchloſſenen Kaufs noch gelebt haben müſſe. Es könnte ja ſeyn, der Erbe wäre dem Pupillen unter einer Bedingung ſubſtituirt worden, die zur Zeit des geſchloſſenen Kaufs noch nicht exiſtirte. Hier war nun allerdings durch den Tod des Pupillen eine Erbſchaft vorhanden, wenn ſie gleich dem Subſtituten deſſelben noch nicht deferirt war. Es iſt jedoch ſelbſt nach den Geſetzen der Pandecten

49) Rational. in Pand. ad h. L.

50) Enantiophan. Centur. I. Aſſert. 30.

51) Pand. Iuſtin. h. t. Nr. XXI. not. g. S. auch NOODT Comment. h. t. pag. 401.

52) So z. B. kommt auch in der *L. 9. D. de uſurpat. et uſucap.* dieſe Bedeutung vor. S. *Chriſtoph. Phil.* RICHTER de Significatione Adverbior. Voc. *Maxime.* pag. 463. in fin. et ſq.

53) *Hug.* DONELLUS Commentar. ad Cod. Lib. II. Tit. 3. ad L. ult. de pactis nr. 6.

decten ein Fall auszunehmen, wo ſogar der Vertrag über die künftige Erbſchaft einer noch lebenden Perſon an ſich nicht für ungültig gehalten wurde, nämlich wenn ſie blos als ein ungewiſſer Gewinn dem Andern verkauft worden iſt. Hier wird der Handel als eine emtio ſpei angeſehen. Daß hier das Geſchäft für gültig zu halten ſey, läßt ſich aus *L.* 3. §. 2. *D. pro ſocio* nicht undeutlich ſchlieſſen. Denn wenn es daſelbſt heißt: *ut ſi qua iuſta hereditas alterutri obvenerit, communis ſit*, ſo verſtehet man ſolches von der künftigen Erbſchaft einer dritten unbeſtimmten Perſon, nach der Erklärung des Accurſius[54]). Eine andere Stelle aus den Pandecten, welche man gewöhnlich noch hierher zieht, ſcheint mir aber nicht von dieſem Falle zu reden. Es iſt die *L.* 11. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt: Nam hoc modo admittitur eſſe venditionem: *ſi qua hereditas eſt tibi emta, et quaſi ſpes hereditatis:* ipſum enim incertum rei veneat, ut in retibus. Der Zuſammenhang derſelben mit der vorhergehenden *L.* 11. *h. t.* lehrt deutlich, daß hier von einer ſchon deferirten, aber noch ſtreitigen und ungewiſſen Erbſchaft die Rede ſey[55]). 2) Nach dem Recht des Codex kann man aber auch ſogar über die künftige Erbſchaft einer dritten noch lebenden beſtimmten Perſon, welche man dereinſt zu hoffen hat, einen Kauf mit Jemand ſchließen, wenn es nur mit Einwilligung des Dritten geſchiehet, und dieſer nicht ſeinen

54) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 3. §. 2. D. Pro Socio. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. G. Tom. II. §. 1400. et Tom. III. §. 1940. A.

55) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. 11. D. h. t. und Weſtphal vom Kauf §. 870.

ſeinen Willen noch vor ſeinem Tode wieder ändert. Denn ein ſolcher Handel gilt nur unter den Contrahenten. Der Dritte iſt hingegen an ſeine Einwilligung nicht gebunden. Er kann daher, wenn er will, noch immer ein Teſtament machen, und hierdurch die Wirkſamkeit des Vertrags vereiteln. Die hierher gehörige Verordnung des Kaiſers Juſtinian vom Jahr 531. *L. ult. Cod. de pactis* lautet folgendermaſſen:

De quaeſtione tali a Caeſarienſi advocatione interrogati ſumus: Duabus vel pluribus perſonis ſpes alienae hereditatis fuerat ex cognatione forte ad eos devolvendae: pactaque inter eos inita ſunt pro adventura hereditate; quibus ſpecialiter declarabatur: *Si ille mortuus fuerit, et hereditas ad eos pervenerit, certos modos in eadem hereditate obſervari*: vel, *ſi forte ad quosdam ex his hereditatis commodum pervenerit, certas pactiones evenire.* Et dubitabatur, ſi huiusmodi pacta ſervari oporteret. Faciebat autem eis quaeſtionem, quia adhuc ſuperſtite eo, de cuius hereditate ſperabatur, huiusmodi pactio proceſſit: et quia non ſunt ita confecta, quaſi omnimodo hereditate ad eos perventura, ſed ſub duabus conditionibus compoſita ſunt, *ſi ille mortuus fuerit, et ſi ad hereditatem vocentur hi, qui huiusmodi pactionem fecerunt.* Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odioſae eſſe videntur, et plenae triſtiſſimi et periculoſi eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus eius quidam paciſcentes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas ſancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita ſunt, repelli, et nihil ex his pactionibus

nibus obſervari: *niſi ipſe forte, de cuius hereditate pactum eſt, voluntatem ſuam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae ſuae ſpatium perſeveraverit:* tunc etenim ſublata acerbiſſima ſpe, licebit eis illo ſciente et iubente huiusmodi pactiones ſervare.

Ohne die Einwilligung des Dritten iſt der Vertrag nach dem Römiſchen Recht auch ſelbſt unter den Contrahenten nichtig, und wegen der hier vermutheten unlautern Abſicht derſelben in den Geſetzen ſo verhaßt, daß wenn auch der Anfall der Erbſchaft nachher eintritt, dennoch dieſelbe keinem zu Theil wird, ſondern an den Fiskus fällt, wie aus *L.* 2. *§. ult. D. de his, quae ut indignis aufer. L.* 29. *§. ult. et L.* 30. *D. de donat.* erhellet. Allein die Grundſätze des heutigen Rechts weichen hierin von dem Röm. Rechte ab. Heut zu Tage gilt der Vertrag über die Erbſchaft einer beſtimmten dritten Perſon auch ohne deren Einwilligung unter den Paciſcenten[56]); und hat

56) S. *Tob. Iac.* REINHARTH Diſſ. de pacto circa hereditatem tertii ignorantis certi bonis moribus non refragante, adeoque tam iure naturae, quam moribus Germanorum valido. *Erfordiae 1718.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXX. §. 59. HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. I. Obſ. 59. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. II. §. 1402. et §. 1615. Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 737. S. 800. ff. und Thibaut Syſtem des Pandectenrechts 2. Th. §. 678. und §. 839. D. Anderer Meinung ſind zwar LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 2. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. Th. 48. not. 1. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 27. und PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. III. Obſ. 12. Allein *Ad. Franc.* HEBESTREIT in Diſſ. Vindiciae veri valoris pactorum ſucceſſoriorum tam iure Rom. quam Germ. adverſus errores Interpretum. *Erfor-*

hat der Dritte den Kauf genehmiget, ſo kann er ſeine Genehmigung nicht einſeitig widerrufen, weil heutigen Tages ſich jeder der Freyheit zu teſtiren gültig begeben kann [57]).

B. Wird eine Erbſchaft als eine bereits exiſtirende verkauft, für welche ſie nur erſt dann zu halten iſt, wenn gewiß iſt, daß derjenige geſtorben ſey, über deſſen Nachlaß der Handel geſchloſſen worden; ſo laſſen ſich wieder zwey Fälle gedenken, nämlich a) die Erbſchaft war dem Verkäufer noch nicht deferirt. Z. B. die Erbſchaft iſt dem Verkäufer unter einer Bedingung hinterlaſſen worden, und er verkauft die Erbſchaft, ehe noch die Bedingung exiſtirt; oder der Subſtitut verkauft ſein Subſtitutionsrecht, ehe noch der Subſtitutionsfall eingetreten war. Hier iſt der Kauf gültig, er gilt nämlich als ein Hofnungskauf [58]). Wird nachher noch dem Verkäufer die Erbſchaft deferirt, ſo muß er ſie dem Käufer überlaſſen, ſchlägt die Hofnung aber fehl, ſo kann der Käufer deshalb keine Entſchädigung weiter fordern. Der Käufer muß hier den nachtheiligen Ausgang der Bedingung, wie bey einem Glücksſpiele, tragen. Man kann von dieſem Falle folgende Geſetzſtellen verſtehen.

L. 10.

Erfordiae 1768. §. 62—68. hat dieſe Meinung ausführlich widerlegt.

57) S. *Io. Flor.* RIVINI Diſſ. de pactis ſucceſſoriis. *Lipſiae 1730.* Cap. III. §. 13. Juſt. Claproth Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 280. S. 818. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. II. P. VII. Obſ. 145.

58) BESECKE cit. Commentat. Cap. V. §. 50. ſqq. und CRELL Theſ. iur. civ. cit. de hereditate vendita. Th. 2. et 4.

L. 10. *D. h. t.* Quod ſi in venditione hereditatis id actum eſt, *ſi quid iuris eſſet venditoris, venire, nec poſtea quicquam praeſtitutum iri*: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit: nihil tamen eo praeſtabitur, quia id actum eſſe manifeſtum eſt, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emtorem pertineret.

L. 11. *eodem.* Nam hoc modo admittitur eſſe venditionem: *ſi qua ſit hereditas, eſt tibi emta*: *et quaſi ſpes hereditatis.* Ipſum enim incertum rei veneat, ut in retibus.

L. 13. *D. eodem.* Quod ſi ſit hereditas, etſi non ita convenit, *ut, quidquid iuris haberet venditor, emtor haberet*, tunc heredem ſe eſſe, praeſtare debet: illo vero adjecto, liberatur venditor, *ſi ad eum hereditas non pertineat.*

Da hier der Gegenſtand des Handels eine bloſe ſpes hereditatis iſt, wie **Ulpian** ſagt in der angeführten *L.* 11. *h. t.*, deſſen Leiſtung von einer Caſualbedingung abhängt; ſo ſteht hier weder die *L.* 7. *h. t.* wo **Paulus** ſagt, quod eſſe debeat hereditas, *ut ſit emtio*, noch die *L.* 42. *D. de acquir. rer. dom.* wo eben dieſer **Paulus** lehrt, Subſtitutionem, quae nondum competit, *extra bona noſtra eſſe*, unſerer Behauptung entgegen. Denn auch eine bloße ſpes debitum iri gehört zu unſerm Vermögen [59]).

Nach den Fragmenten des Antejuſtinianeiſchen Rechts war zwar ein großer Unterſchied zwiſchen dem bloßen Verkauf einer noch nicht angetretenen Erbſchaft, und

59) §. 4. *I. de Verb. obligat.*

und der feyerlichen Ceſſion derſelben in iure. Denn die letztere konnte nur von einem geſetzlichen Erben vor der Antretung der Erbſchaft, von einem Teſtamentserben aber nur nach der Antretung derſelben geſchehen. So lehrt **Ulpian** Tit. XIX. ſeiner Fragmente §. 12. et 13.[60]), wo er ſagt: Hereditas in iure ceditur, vel antequam adeatur, vel poſtquam adita fuerit. *Antequam adeatur, in iure cedi poteſt a legitimo herede*: poſteaquam adita eſt, tam a *legitimo*, quam ab eo, *qui teſtamento heres ſcriptus eſt.* Die Wirkung war in beyden Fällen ganz verſchieden. Denn in dem erſtern Falle wurde der Ceſſionar Erbe, nicht anders, als wenn ihm ſelbſt die Erbſchaft von dem Geſetz wäre deferirt worden; in dem letztern aber blieb es der Cedent, der einmal durch die Antretung Erbe geworden war, wie eben dieſer **Ulpian** §. 14. ſagt: Si, *antequam adeatur hereditas*, in iure ceſſa eſt, *perinde heres fit, cui ceſſa eſt, ac ſi ipſe heres legitimus eſſet.* Quod ſi *poſtea, quam adita fuerit*, in iure ceſſa ſit, *is, qui ceſſit, permanet heres.* Den Grund, warum nur eine geſetzliche, aber keine teſtamentariſche Erbſchaft vor der Antretung habe cedirt werden können, haben **Cujaz**[61]) und **Anton Faber**[62]) unterſucht, und ihn theils in den Geſetzen der zwölf Tafeln, theils in dem ſtillſchweigenden Willen des Erblaſſers zu finden geglaubt. Der ganze Unterſchied hat jedoch mit Aufhebung der alten ceſſio in iure aufgehört[63]).

b) Die

60) In SCHULTING Iuriſprud. Antejuſt. pag. 624.

61) Obſervation. Lib. XVIII. cap. 11.

62) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXX. Err. 9.

63) S. Weſtphal vom Kauf §. 835. POTHIER Pandect. Iuſtin. h. t. Nr. XXV. pag. 504. und BESEKE §. 64.

b) Die Erbſchaft iſt, als eine dem Erben bereits angefallene und von demſelben angetretene, verkauft worden. Hier iſt nicht nur der Kauf gültig, ſondern der Verkäufer muß auch für die Richtigkeit der Erbſchaft ſtehen. Kann er ſie dem Käufer nachher nicht gewähren, ſo muß er ihm das Intereſſe leiſten, und das bereits bezahlte Kaufgeld kann der Käufer mit der condictio ſine cauſa zurückfordern [64]; es wäre denn, daß der Verkäufer ſeinen Erbanſpruch als noch ungewiß und ſtreitig dem Käufer überlaſſen hätte. Hier muß ſich dann der Käufer auch natürlich den nachtheiligen Ausgang des Prozeſſes, wie bey einer emtio ſpei, gefallen laſſen [65]). Hätte hingegen der Verkäufer betrüglich gehandelt, und ſeine Anſprüche an der Erbſchaft nur für ſtreitig ausgegeben, da er doch gewußt, daß ſie offenbar ungegründet ſind, ſo haftet er billig wegen des Betrugs [66]). Der Verkäufer iſt jedoch nicht nur, wenn gar keine Erbſchaft vorhanden iſt, zur Leiſtung des Intereſſe verbunden [67]), ſondern auch, wenn er diejenige Art der Erbſchaft nicht gewähren kann, welche er verkauft hat, und die daher der Käufer zu erwarten berechtiget war. Z. B. er hat die Erbſchaft, die nur eine fideicommiſſariſche war, als eine directe verkauft. Paulus führt dieſen Fall in der *L. 16. D. h. t.* an, wo er ſagt: Si quaſi heres vendideris hereditatem, *cum tibi ex Senatusconſulto Trebelliano* [68]) *reſtituta*

64) *L. 7. D. h. t.*

65) *L. 10. 11. et 13. D. eodem.*

66) *L. 12. D. h. t.*

67) *L. 8. et 9. D. h. t.*

68) POTHIER in Pand. Iuſtin. h. t. Nr. XXIII. not. k. hält die Worte *ex SCto Trebelliano* für einen Tribonianismus, welche den

ſtituta eſſet hereditas, quanti emtoris interſit, tenebe-ris. Das Intereſſe des Käufers iſt hier um ſo bedeutender, je wichtiger der Unterſchied zwiſchen einem directen Erben und einem Fideicommiſſar iſt, wenn man auch den Abzug der Trebellianiſchen Quarte hierbey nicht blos in Anſchlag bringen wollte [69]). Für die Größe der Erbſchaft darf jedoch der Verkäufer nicht haften, wofern ſie nicht nach einem Inventar verkauft worden iſt. **Paulus** ſagt *L.* 14. §. 1. *D. h. t.* Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas eſt, nihil intereſt: und **Cajus** ſetzt *L.* 15. *D. eodem* hinzu: niſi de ſubſtantia eius affirmaverit.

§. 1014.

2) Rechte und Verbindlichkeiten zwiſchen dem Käufer und Verkäufer einer Erbſchaft.

Soviel hiernächſt 2) die aus dem Verkaufe einer Erbſchaft entſpringenden Rechte und Verbindlichkeiten unter

den Worten ex SCto Pegaſiano wären ſubſtituirt worden. Allein die Trebellianiſche, oder wie ſie vielmehr zu Paulus Zeiten genennt wurde, die Pegaſianiſche Quarte kommt hier nicht allein in Anſchlag. Dem Fideicommiſſar ſteht ja auch das ius accreſcendi nicht zu. *L.* 43. *D. ad SCt. Trebell.* verglichen mit *L.* 78. §. 10. *D. eodem.* S. CUJACIUS Obſervat. Lib. XII. c. 12. *de* RETES Opuſculor. Lib. III. (in MEERM. *Theſ.* Tom. VI. pag 183.) NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 403. und Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen §. 1732. u. §. 1865.

69) Man ſehe *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. und Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 602. Not. (*).

unter den Contrahenten anbetrifft, ſo beſtehen ſie darin.

I Der Verkäufer iſt verbunden, dem Käufer die Erbſchaft in dem Zuſtande, in welchem ſie ſich von der Zeit des Todes des Erblaſſers an bis zur Zeit des geſchloſſenen Kaufs befand, mit allem Gewinn und Verluſt, wodurch ſie vermehrt oder vermindert worden iſt, zu überliefern. Das Erbrecht ſelbſt wird jedoch eben ſo wenig auf den Käufer übertragen, als derſelbe hierdurch die Eigenſchaft eines wahren Erben erhält. Denn hatte der Verkäufer die Erbſchaft ſchon angetreten, ſo iſt er Erbe geworden, und bleibt auch, nach geſchehener Uebergabe der erbſchaftlichen Güter und Sachen, dem ſtrengen Rechte nach, Erbe. *Qui enim ſemel heres extitit*, ſagen die Geſetze des Römiſchen Rechts [70]) ganz beſtimmt, *non poteſt efficere, ut deſinat heres eſſe, ſed manet heres, licet res hereditarias non amplius poſſideat.* Eine Regel, welche ſich ſchon daraus erklären läßt, weil man nur einmal beerbt werden kann, ſo wie man nur einmal ſtirbt [71]). Daher ſagt Paulus [72]): uni duo *pro ſolido* heredes eſſe non poſſunt. Hatte hingegen der Erbe die Erbſchaft ſchon vor

70) *§. 3. I. de fideicommiſſar. hereditat.* L. *7.* §. *10.* D. *de minorib.* L. *88.* D. *de heredib. inſtit.* L. *43.* §. *3.* D. *de vulg. et pup. ſubſtitut.* L. *30.* §. *10.* D. *de fideicomm. libertatib.* S. *Ian. a* COSTA Comm. ad §. 5. Inſtitut. de hereditat. quae ab int. defer. Ausnahmen von dieſer Regel hat *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXVII. Err. 2.

71) S. Hübner's Berichtigungen und Zuſätze zu den Inſtitutionen des Röm. Rechts. S. 93.

72) *L. 141. §. 1. D. de div. reg. iuris.*

vor der Antretung verkauft; ſo läßt ſich auch nicht einmal in dieſem Falle behaupten, daß hierdurch der Verkäufer gänzlich aufhöre Erbe zu ſeyn, und ſein Erbrecht dergeſtalt auf den Käufer übertragen werde, daß dieſer, wenn der Anfall der Erbſchaft eintritt, nun die Erbſchaft in eigenem Namen antreten könne [73]). Denn das Recht, eine Erbſchaft anzutreten, ſteht Niemanden zu, als demjenigen, dem dieſelbe deferirt worden iſt [74]). Allein dem Käufer wird die Erbſchaft nicht deferirt, weder ex teſtamento, denn er iſt nicht inſtituirt, noch ab inteſtato, weil ihn das Geſetz nicht zur Erbſchaft ruft, noch ex pacto; denn der Kauf gehört weder zu den cauſis oder modis acquirendae noch amittendae hereditatis, wie Gerhard Noodt [75]) mit Recht ſagt. Der Käufer kann alſo auch kein Recht haben, die Erbſchaft anzutreten, als welche nach dem römiſchen Recht auch nicht einmal durch einen Bevollmächtigten angetreten werden kann [76]). Mag daher immerhin der Erbe die Erbſchaft noch vor der Antretung derſelben verkauft haben, dennoch wird die

 Erb-

73) Anderer Meinung iſt zwar BESEKE in Comm. cit. de alienatione hereditatis Cap. V. §. 51. ſqq. und Cap. VII. §. 81. Allein ich kann dieſe Meinung mit meinen Grundſätzen nicht vereinigen. Man ſehe auch *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Dec. 65. Th. 4. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1940. u. 1941.

74) *L. 151. D. de Verb. Signif. L. 13. pr. L. 17. in fin. L. 18. L. 22. D. de acquir. vel omitt. heredit. L. 3. C. de inſtitut. et ſubſtit.* S. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 4. nr. 5.

75) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Poſſet.* pag. 403. ſq.

76) *L. 90. D. de acquir. vel omitt. heredit.* S. AVERANIUS Interpretat. iuris. Lib. I. cap. 12.

Erbſchaft weder dem Käufer deferirt werden, noch von demſelben angetreten werden können, weil dieſes Recht keinem Andern zuſteht, als dem Erben, der entweder vom Teſtator oder vom Geſetz zur Erbſchaft gerufen iſt. Die Erbſchaft wird alſo auf jeden Fall dem Verkäufer anfallen, und von dieſem angetreten werden müſſen. Dieſer iſt alſo auch und bleibt der wahre Erbe. Zwar halten es die Geſetze für billig, daß der Käufer der Erbſchaft an die Stelle des Erben trete, aber doch nur in Rückſicht der Wirkungen, ſo wie etwa der Fideicommiſſar, welchem die Erbſchaft vermöge des Trebellianiſchen Senatusconſults reſtituirt worden iſt, gleichſam als Erbe angeſehen wird. So lehrt uns **Julian** *L. 54. pr. D. de heredit. petit.* Ei, qui partes hereditarias vel totam a fisco mercatus fuerit, *non eſt iniquum dari actionem, per quam univerſa bona perſequatur*, quemadmodum ei, *cui ex Trebelliano Senatusconſulto hereditas reſtituta eſt*, petitio hereditatis datur [77]); und gerade ſo, wie von dem Fideicommiſſar geſagt wird, daß er loco heredis ſey [78]), und daß Rechte und Verbindlichkeiten in Anſehung des Nachlaſſes ihn tanquam heredem treffen [79]); ſagt **Ulpian** [80]) von dem Käufer der Erbſchaft, aequiſſimum videri, *emtorem vicem heredis obtinere.* Was alſo zur Erbſchaft im objectiven Sinn, für den Inbegriff der Güter und Sachen genommen, welche der Verſtorbene hinterlaſſen hat, zu rechnen

77) S. *Ant.* FABER Rational. ad h. L.

78) *§. 3. 4. et 5. I. de fideicommiſſar. heredit.*

79) *L. 2. D. ad SCt. Trebell. §. 6. I. de fideicomm. heredit.* S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XXVII. Err. 5.

80) *L. 2. §. 18. D. h. t.*

nen iſt, erhält der Käufer. Was aber zur Erbſchaft, als Gegenſtand des Kaufs betrachtet, gehört, iſt nicht blos darnach zu beſtimmen, was der Erblaſſer zur Zeit ſeines Todes beſaß, ſondern es iſt auch die Vermehrung, welche die Erbſchaft noch nachher bis zur Zeit des Verkaufs derſelben, beſonders durch die Früchte, erhalten hat, ſo wie auch deren Abgang in Anſchlag zu bringen. *Hereditas* enim iuris nomen eſt, ſagt **Ulpian** [81]), quod et acceſſionem et deceſſionem in ſe recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur. Hierauf gründet ſich nun die Entſcheidung der Frage bey **Ulpian** *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* auf welche Zeit man zu ſehen habe, um den Betrag der Erbmaſſe beym Verkaufe einer Erbſchaft zu beſtimmen? Er entſcheidet ſie auf folgende Art.

In hereditate vendita utrum ea quantitas ſpectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit, cum aditur hereditas: an ea, quae fuit, cum hereditas venundatur, videndum erit? Et verius eſt, hoc eſſe ſervandum, quod actum eſt; plerumque autem hoc agi videtur, *ut quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur veniſſe.*

Man ſoll alſo, ſagt **Ulpian**, zwar zunächſt darauf Rückſicht nehmen, was für eine Uebereinkunft unter den Contrahenten getroffen worden iſt; iſt aber desfalls nichts Ausdrückliches verabredet worden; ſo ſoll nicht blos auf die Zeit des Todes des Erblaſſers, wie etwa bey Berechnung der Falcidiſchen Quarte, auch nicht blos auf die Zeit der Antretung der Erbſchaft geſehen, ſondern es ſoll, der Abſicht der Contrahenten gemäß, im Zweifel angenommen wer-

81) *L.* 178. §. 1. *D. de Verb. Significat.*

werden, daß zur verkauften Erbſchaft alles gehöre, was bis zur Zeit des geſchloſſenen Kaufs, und alſo auch noch nach dem Tode des Erblaſſers, ſo wie nach der Antretung der Erbſchaft, zu derſelben gekommen iſt. So erklärt auch dieſe Stelle **Cujaz**[82]), wenn er ſagt: Haec eſt ſententia legis, in venditionem hereditatis venire non ea tantum, quae fuerunt mortis vel aditionis tempore, ſed etiam ea, *quae poſt mortem*, *aut poſt aditionem acceſſerunt.* Hereditas enim, licet nomen ſit iuris, acceſſionem tamen et deceſſionem recipit. Si quid igitur acceſſerit poſt aditionem aut mortem, hoc in venditionem hereditatis venit: ſi quid tamen heredis facto deceſſerit, utputa ſi ante venditionem hereditatis rem hereditariam vendiderit, aut donaverit, pretium eius praeſtare debet. Apparet autem ex his, in exquirenda quantitate venditae hereditatis ita *venditionis tempus* ſpectari, *ut acceſſiones hereditatem augeant, deceſſiones heredis facto contingentes non deminuant*, quod in ponenda ratione legis Falcidiae non obſervatur. Hiermit ſtimmt auch **Pothier**[83]) überein, wenn er die Worte des Geſetzes *in id tempus*, *quo venditio* ſit, nämlich a die mortis in id usque tempus etc. erklärt. Ganz jenem Grundſatz gemäß, und nicht blos darum allein, weil bey einer univerſitas iuris der Werth an die Stelle der veräuſſerten Sache tritt, muß alſo der Erbe, wenn er Sachen, die zur Erbſchaft gehörten, ſchon vor dem Verkaufe derſelben veräuſſert hat, den dafür erhaltenen Preis dem Käufer erſtatten. Hat er hingegen erbſchaft-liche

82) Obſervation. Lib. II. cap. 30.

83) POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. IV. not. f.

liche Sachen ſelbſt noch nicht erhalten, weil ſie in fremden Händen ſich befinden; ſo muß er wenigſtens dem Käufer die ihm deshalb zuſtändigen Klagen cediren. Es verſteht ſich aber freylich, daß er Alles, was er von der Erbſchaft ſelbſt in Händen hat, dem Käufer in Natur abliefern müſſe. Was er hingegen an Schulden des Erblaſſers und Vermächtniſſen bereits bezahlt hat, gehört nicht mehr zur Erbſchaft, die er zu übergeben hat. Denn wenn Etwas durch eine Handlung des Erben von der Erbſchaft abgekommen iſt, ſo ſieht man darauf, ob es der Erbſchaft hätte erhalten werden können. Vermächtniſſe und Schulden des Erblaſſers hätte ja aber auch der Käufer bezahlen müſſen. Was jedoch durch Verſchulden des Erben vor dem Verkaufe von der Erbſchaft abgekommen iſt, darf der Verkäufer nur inſofern vergüten, als ihm deshalb ein dolus, oder eine culpa lata zur Laſt fällt. Für einen dolus wird ihm aber auch billig angerechnet, was er noch hätte von der Erbſchaft erhalten können, aber wiſſentlich zu erhalten unterließ. Noch mehr aber dasjenige, was er von der Erbſchaft verſchenkt, oder den Erbſchaftsſchuldnern erlaſſen hat, wenn er es nachher dem Käufer verſchwieg. Für ein geringes Verſehen hingegen ſteht der Erbe vor dem Verkaufe nicht. Denn er war zu keinem Fleiße verbunden. Allein nach dem Verkaufe haftet er, wie jeder andere Verkäufer, auch für culpa levis, ja ſogar für das geringſte Verſehen, wenn Etwas durch ſeine Schuld verlohren geht [84]). Hatte der Verkäufer bey Gelegenheit der Erbſchaft, z. B. durch Erhebung einer Nichtſchuld,

84) S. §. 984. S. 105. dieſes Bandes. Vergl. auch Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 2. B. §. 736. und *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Porro.* pag. 402.

ſchuld, einen Gewinn gemacht, ſo braucht er dieſen dem Käufer nicht zu berechnen. Was er hingegen bey Gelegenheit eines vom Verkaufe ausgenommenen Grundſtücks erwarb, gehört noch zur Erbſchaft, und wenn ſich der Erbe zur Sicherheit etwa von einem Schuldner des Erblaſſers einen Bürgen ſtellen ließ, ſo muß er dem Käufer ſeine Anſprüche an ihn cediren. Hierdurch erhalten nun folgende Geſetzſtellen Aufſchluß.

L. 2. § 3. *D. h. t.* Perveniſſe ad venditorem hereditatis quomodo videatur, quaeritur? Et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum perveniſſe, *quatenus mandare poteſt earum rerum perſecutionem, actionesque tribuere*[85]). Enimvero ubi corpora nactus eſt, vel debita exegit, plenius ad eum videri perveniſſe. Sed et ſi rerum venditarum ante hereditatem venditam prètia fuerit conſecutus, palam eſt, ad eum pretia rerum perveniſſe[86]). Illud retinen-

85) Es tritt hier die Regel ein: Is, qui non alia de cauſa tenetur, quam quod habeat actiones, earum praeſtatione ac delegatione liberatur. *L.* 51. *in fin. D. de peculio.*

86) *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. macht hierbey folgende Bemerkung. Non ergo ea pretia reſtituit, *quaſi ſubrogata in locum et vicem rerum hereditariarum:* nec quaſi conventus iudicio univerſali ob id, quod actione ex emto propter venditam hereditatem conveniatur. Sed quia negare non poteſt, quin ea habeat, ſi non ex hereditate et rebus hereditariis, cum pretium non tam ex re, quam ex negotiatione percipiatur, *L.* 21. *D. h. t.* ſaltem occaſione hereditatis. Quod ſufficit, ut ad eum perveniſſe videantur ex hereditate, et ea proinde reſtituere debeat. *L.* 59. *in fin. D. ad SCtum Trebell.*

nendum eſt, *cum effectu videri perveniſſe*, non *prima ratione* [87]); idcirco quod *legatorum nomine* quis praeſtitit, non videtur ad eum perveniſſe: ſed et ſi quid *aeris alieni* eſt, vel cuius alterius oneris hereditarii, perveniſſe merito negabitur. Sed et rerum *ante venditionem* donatarum pretia [88]) praeſtari, aequitatis ratio exigit.

L. 2. §. 4. *D. eod.* Non tantum autem, quod ad venditorem hereditatis pervenit, ſed et quod ad heredem eius ex hereditate pervenit, emtori reſtituendum eſt.

L. 2.

87) *Prima ratione* heißt hier eben ſo viel, als *prima facie*, wie Cajus ſagt *L. 13. D. ad SCtum Vellejan.* Dem erſten Anſehen nach gehören nun allerdings auch Schulden und Vermächtniſſe zur Erbſchaft. Allein beyde müſſen bezahlt werden. Sie gehören alſo nicht cum effectu zur Erbſchaft, nicht zu dem, was des Käufers Gewinne überlaſſen wird, und bey der Erbſchaft bleibt. S. *Ant.* FABER Rational. ad h. L.

88) BESEKE de alienatione hereditatis pag. 243. not. v. glaubt, dieſe Leſeart könne nicht beſtehen, ſondern der ganze Zuſammenhang lehre, daß pretia NON praeſtari geleſen werden müſſe. Denn Ulpian ſtelle die Regel auf, es ſolle die Erbſchaft in dem Zuſtande präſtirt werden, in welchem ſie ſich zur Zeit des Verkaufs derſelben befand. Hat nun der Erbe ſchon vorher Sachen verſchenkt, ſo habe er ſie ja von dem Seinen verſchenkt, und ſich ſeines Rechts bedient. Wie könnte alſo der Käufer den Werth derſelben erſetzt verlangen? Allein wer ſieht nicht, daß dieſe Aenderung auf einer unrichtigen Auslegung beruhet? Wäre freylich das, was vor dem Verkaufe der Erbſchaft verſchenkt worden iſt, bey Schließung des Kaufs ausgenommen worden, ſo würde natürlich der Käufer dafür nichts erſetzt verlangen können, wie *Ant.* FABER Rational. ad h. L. mit Recht bemerkt.

L. 2. § 5. *D. eodem.* Sed et ſi quid dolo malo eorum factum eſt, quominus ad eos perveniat, et hoc emtori praeſtandum eſt. *Feciſſe autem dolo malo, quominus perveniat*, videtur, ſive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit: vel id egit dolo malo, ne de hereditate adquireretur, vel ne poſſeſſionem adipiſceretur, quam poſſet adipiſci. Sed et ſi non dolo malo, ſed *lata culpa* admiſerit aliquid, utique tenebitur [89]. *Deperdita autem et deminuta* [90] *ſine dolo malo venditoris non praeſtabuntur.*

L. 2.

89) Es iſt dieſes von der Zeit vor dem Verkaufe zu verſtehen. Der Erbe konnte zwar damals ohne Zweifel, als Eigenthümer, Sachen verkaufen, auch Schuldner der Erbſchaft ihrer Verbindlichkeit entlaſſen. Sed tamen, ſagt hier Anton Faber ſehr richtig, incipit poſtea *dolo malo* facere, cum vendit hereditatem tanquam univerſaliter continentem, quicquid ad eum ex hereditate pervenit, non detractis rebus ante venditis, nec debitoribus liberatis, ac ſi nihil ex hereditate diminutum eſſet, ut in *L.* 2. *§.* 3. *D. de doli mali et met. except.* Decipit enim emtorem, qui pretium hereditati dicit tanquam integrae, nec ullo ipſius heredis facto deminutae. Man ſehe auch, was an einem Orte dieſes Commentars, §. 984. S. 105. f. darüber geſagt worden iſt.

90) *Deminutum* geht hier darauf, was uſucapirt, und dadurch von der Erbſchaft abgekommen iſt; *Deperditum*, was ganz zu exiſtiren aufgehört hat. *L.* 21. *D. de hereditat. petitione.* Dieß braucht nicht geſchehen zu ſeyn, ehe der Erbe die Erbſchaft in ſeine Hände bekam, wie Beseke S. 247. Not. c. glaubt. Es iſt genug, wenn es vor dem Verkaufe geſchahe, und dem Verkäufer der Erbſchaft deshalb weder ein Dolus noch culpa lata zur Laſt fällt. S. FABER Rational. in h. L.

L. 2. §. 7. *D. eod.* Solet quaeri, an et ſi quid lucri occaſione hereditatis venditor ſenſerit, emtori reſtituere id debeat? Et eſt apud IULIANUM haec quaeſtio tractata *libro VI. Digeſtorum*, et ait, quod non debitum exegerit, retinere heredem, et quod non debitum ſolverit, non reputare. Nam hoc ſervari, ut heres emtori non praeſtat, quod non debitum exegerit: neque ab eo conſequatur, quod non debitum praeſtiterit [91]). Si autem condemnatus praeſtiterit: hoc ſolum heredi ſufficit, eſſe eum condemnatum *ſine dolo malo ſuo:* etiamſi maxime creditor non fuerit is, cui condemnatus eſt heres [92]). Quae ſententia mihi placet.

L. 2. §. 8. *D. eodem.* Non ſolum autem hereditarias actiones, ſed etiam eas obligationes, quas ipſe heres conſtituit, dicendum erit, praeſtari emtori debere. Itaque et ſi fideiuſſorem acceperit ab hereditario debitore: ipſam hanc actionem, quam habet heres,

91) Hat der Erbe eine Nichtſchuld bezahlt, ſo iſt dies ein Schaden, den er nicht als Erbe leidet, ſondern weil er ein indebitum bezahlt hat, wie Ulpian *L.* 2. §. 10. *D. h. t.* argumentirt. Er kann alſo deshalb dem Käufer der Erbſchaft nichts anrechnen.

92) Iſt der Erbe durch eine ungerechte Sentenz des Richters verurtheilt worden, einem vermeintlichen Gläubiger etwas zu bezahlen, was er nicht ſchuldig war; ſo kann er dieſes dem Käufer abziehen, er muß nur wegen der Erbſchaft ſelbſt, und nicht etwa wegen ſeiner eigenen Handlung verurtheilt worden ſeyn. Denn die exceptio rei iudicatae geht von der Perſon des Verkäufers auch auf den Käufer über. *L.* 9. §. *ult.* *L.* 11. §. 9. *et L.* 28. *D. de except. rei iudicatae.*

heres, praeſtare emtori debebit. Sed et ſi novaverit vel in iudicium deduxerit actionem: praeſtare debebit hanc ipſam actionem, quam nactus eſt.

L. 2. §. 9. *D. eodem.* Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis reſpicit, ita damnum quoque debet ad eundem reſpicere.

§. 10. *eiusd. L.* Denique ſi rem hereditariam heres vendiderit, ac per hoc fuerit condemnatus, non habet contra emtorem actionem: quia non ideo condemnatur, quod heres eſſet, ſed quod vendiderit [93]). Sed

93) Es iſt hier der Fall anzunehmen, daß die veräuſſerte Sache evincirt worden iſt, entweder weil ſie nicht dem Erblaſſer gehörte, ſondern eine fremde Sache war, oder weil ein Dritter ein Pfandrecht darauf hatte. Iſt deswegen der Verkäufer verurtheilt worden, entweder das Duplum zu leiſten, wenn es auf den Fall der Entwährung ſtipulirt war, oder das Kaufgeld nebſt dem Intereſſe zu erſtatten; ſo kommt es darauf an, ob er den Preis der verkauften Sache bereits an den Käufer der Erbſchaft abgeliefert hat, oder nicht. Im erſten Falle kann der Verkäufer gegen den Käufer ex vendito auf Entſchädigung klagen. Denn der Käufer der Erbſchaft hat durch Annahme des Preiſes den Verkauf genehmiget. Er kann alſo dem Verkäufer deshalb nichts weiter zur Laſt legen, und da er den Gewinn aus dieſem Verkaufe erhalten hat, ſo darf er ſich auch nicht weigern, den Schaden zu übernehmen, der durch die Verurtheilung des Verkäufers aus dieſem Verkaufe erwachſen iſt. Es folgt dieſes aus dem §. 9. vorausgeſchickten Princip, wie auch das Wort *denique* anzeigt, welches die Römiſchen Rechtsgelehrten zu gebrauchen pflegen, wenn ſie aus dem Vorhergehenden eine Folge ableiten. S. FABER Rational. ad h. L. In dem letztern Falle hingegen hat der Verkäufer der Erbſchaft gegen

Sed ſi pretium rei diſtractae emtori hereditatis dedit, videamus, an locus ſit ex vendito actioni? Et putem eſſe.

L. 3. D. h. t. Si venditor hereditatis exactam pecuniam ſine dolo malo et culpa perdidiſſet, non placet eum emtori teneri.

L. 25. D. eodem. Si *excepto fundo hereditario*, veniit hereditas: deinde eius fundi nomine venditor aliquid acquiſiit, debet id praeſtare emtori hereditatis[94].

PAU-

gegen den Käufer keine Klage. Denn der Käufer übernimmt nur den Schaden, der ſonſt den Verkäufer als Erben beläſtigen würde, wenn ihn der Käufer deshalb nicht entſchädigte. In dieſem Falle aber hat der Verkäufer dasjenige, was er der Verurtheilung gemäß geleiſtet hat, nicht als Erbe präſtirt, ſondern blos als Verkäufer; daher kann er hier keinen Erſatz von dem Käufer der Erbſchaft fordern. S. FABER Rational. ad h. L.

94) Es wird hier vorausgeſetzt, daß die Erwerbung zwar ex cauſa, quae praeceſſit venditionem, aber doch erſt nach dem Verkaufe geſchehen ſey. Daher kann wohl hier nicht die Rede von Früchten ſeyn, die der Verkäufer ſeit dem Tode des Erblaſſers von dem ausbedungenen Grundſtück gezogen hat, wie *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. dieſe Stelle erklären will. Dieſe Erklärung iſt, auſſer ihrer Unwahrſcheinlichkeit, auch ſchon den Worten DEINDE eius fundi etc. entgegen, wie Weſtphal vom Kaufe §. 842. S. 630. ganz richtig gegen Faber erinnert hat. Allein man kann ſich ja hier den Fall denken, der fundus exceptus ſey ein ager emphyteuticarius, und der Verkäufer der Erbſchaft habe noch nachher wegen dieſes Grundſtücks einen Canon oder ein Laudemium eingenommen. Dieſes würde er dem Käufer, als noch zur Erbſchaft gehörig, herausgeben müſſen.

PAULUS. Immo ſemper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: ſi autem id non apparebit, praeſtare eam rem debebit emtori venditor. *Nam id ipſum ex ea hereditate ad eum perveniſſe videbitur: non ſecus, ac ſi eum fundum in hereditate vendenda non excepiſſet.*

Hat der Erbe nach dem Verkaufe der Erbſchaft eine dazu gehörige Sache verkauft, noch ehe er die Erbſchaft dem Käufer tradirt hatte, ſo ſehen die Geſetze einen ſolchen Verkauf als eine negotiorum geſtio für den Käufer an. War daher der Verkauf für ihn nützlich, ſo kann er von dem Verkäufer verlangen, daß ihm derſelbe den erhaltenen Preis abliefere, oder wenn ihn der dritte Käufer der Sache noch nicht bezahlt hat, die Klage gegen ihn cediren. Genehmigt er hingegen den Verkauf nicht, ſo kann der Käufer auch darauf beſtehen, daß ihm der Verkäufer die Sache ſelbſt übergebe. Er, der Käufer ſelbſt, hat jedoch gegen den dritten Käufer und Beſitzer keine Realklage. Denn vor der Uebergabe der Erbſchaft war der Verkäufer derſelben noch Eigenthümer, er konnte daher auch das Eigenthum einzelner dazu gehöriger Sachen auf Andere übertragen. Der Käufer der Erbſchaft kann alſo hier nur actione emti gegen den Verkäufer auf das Intereſſe klagen, wenn er ihm die Sache ſelbſt nicht tradiren kann. Wie aber, wenn die verkaufte Sache bey dem Käufer derſelben durch einen Zufall zu Grunde gegangen wäre, welche die Sache auch bey dem Verkäufer ſelbſt betroffen haben würde? Kann hier der Verkäufer den Käufer der Erbſchaft die Einrede entgegenſetzen, daß er den Schaden hätte tragen müſſen, wenn die Sache nicht verkauft worden wäre? Wäre hier nicht von dem Ver-

kaufe

kaufe einer Erbſchaft, ſondern blos einer res ſingularis die Rede, ſo hätte dieſe Einrede allerdings Statt, und der Verkäufer würde hier dem Käufer zu Nichts mehr verbunden ſeyn, wenn ihm nur kein Verzug in Rückſicht der Uebergabe zur Laſt fällt. Zwar muß auch der Verkäufer einer res ſingularis dem Käufer wenigſtens das noch abliefern, was von der zu Grunde gegangenen Sache noch übrig iſt. Allein der aus der Sache gelöſete Preis iſt nicht als ein Theil der Sache anzuſehen, ſondern der Verkäufer hat ihn blos durch den geſchloſſenen Handel gewonnen, und da er den Handel in eigenem Namen ſchloß, ſo hat der Käufer daran keinen Anſpruch. Ganz Anders verhält ſich die Sache beym Verkaufe einer Erbſchaft. Hier wird, als ſtillſchweigende Uebereinkunft, angenommen, daß alles, was der Verkäufer nachher noch als Erbe vorgenommen hat, für den Käufer der Erbſchaft, in der Eigenſchaft eines negotiorum geſtoris deſſelben, geſchehen ſey, und daher auch dem Käufer alles dasjenige präſtirt werden müſſe, was der Verkäufer, als z. Erbſchaft gehörig, noch nachher eingenommen hat. Der Verkäufer der Erbſchaft kann alſo dem Käufer derſelben nicht entgegenſetzen, daß er ja die Sache auch nicht hätte verkaufen können, und dann, wenn die Sache bey ihm durch Zufall verunglückt wäre, dem Käufer deshalb Nichts hätte vergüten dürfen. Denn auch der Verkäufer eines Grundſtücks kann dem Käufer die Früchte, die er noch nach dem Verkaufe, und vor der Uebergabe deſſelben, durch ſeinen Fleiß gezogen hat, nicht aus dem Grunde vorenthalten, daß er ja das Grundſtück, was er nun ohnehin nicht mehr behalten konnte, ſondern gleichſam nun als ein ihm nicht mehr gehöriges anzuſehen hatte, auch hätte ungebaut liegen

gen laſſen können; er würde dann für keine Früchte haben ſtehen dürfen, wofern ihm nur in Rückſicht der Uebergabe kein Verzug zur Laſt gelegt werden kann. So wie es nun der bona fides gemäß iſt, daß der Verkäufer die Sache mit den Früchten übergebe, welche er vor der Uebergabe gezogen hat, weil der Käufer gleich von Zeit des geſchloſſenen Contracts an auch die Laſten der Sache zu tragen hat[95]); eben ſo muß auch der Verkäufer der Erbſchaft den Preis einer vor der Uebergabe verkauften erbſchaftlichen Sache herausgeben, weil er dem Käufer alles, was zur Erbſchaft gehört, überliefern muß. So ſpricht ſich der Geiſt folgender Geſetzſtellen aus.

L. 21. *D. h. t.* Venditor ex hereditate[96]), interpoſita ſtipulatione[97]), rem hereditariam perſecutus, alii

95) *L.* 13. *et L.* 16. *Cod. de act. emti et vend.*

96) Die Worte: *Venditor ex hereditate* erklärt Cujaz in Iulio Paulo ſ. Comm. in *Lib.* XVI. Quaeſtion. Pauli ad h. L. *Oper. poſtum.* T. II. pag. 1185. edit. *Fabrot.* durch venditor hereditatis. Allein Weſtphal vom Kauf §. 844. glaubt, die Worte *ex hereditate* gehörten nicht zu venditor, ſondern zu den Worten rem hereditariam perſecutus. Um jedoch den Pleonasmus zu vermeiden, könnte man, dächte ich, auch die Worte *ex hereditate* mit den Worten interpoſita ſtipulatione verbinden, und nach Venditor das Unterſcheidungszeichen ſetzen. *Ex hereditate* wäre denn ſoviel als de hereditate. Wie gewöhnlich aber EX für de gebraucht wird, lehrt BRISSONIUS h. v.

97) Die Verſicherung, welche ſich der Käufer gewöhnlich von dem Verkäufer der Erbſchaft ſtipulirte, ward in die Formel eingekleidet: *Quanta pecunia ad te ex hereditate Titii pervenerit, dolove malo tuo factum eſt, eritve, quominus perveniat, perveneritve, item quaecunque actio, petitio, perſecutio eo nomine tibi competierit, ea omnia recte praeſtari. L.* 50. *§.* 1. *D.* de

alii vendidit. Quaeritur, quid ex ſtipulatione praeſtare debeat. Nam bis utique non committitur ſtipulatio, ut et rem et pretium debeat. Et quidem ſi, poſteaquam rem vendidit heres, interceſſit ſtipulatio, credimus, pretium in ſtipulationem veniſſe: quod ſi anteceſſit ſtipulatio, deinde rem nactus eſt, tunc rem debebit. Si ergo hominem vendiderit, et is deceſſerit, an pretium eiusdem debeat? non enim deberet Stichi promiſſor, ſi eum vendidiſſet, mortuo eo, ſi nulla mora proceſſiſſet. Sed ubi hereditatem vendidi, et poſtea rem ex ea vendidi, poteſt videri, ut negotium eius agam, quam hereditatis [98]). Sed hoc in re ſingu-

de Verb. Obligat. *L. 97.* *L. 178.* *§. 2. D. de Verb. Signif.* Was aber das Wort *pecunia* hier bedeute, lehrt Ulpian *L. 178. pr. D. de V. S.* welche Stelle mit *L. 2. D. h. t.* zu verbinden iſt, denn beyde ſind *ex Ulpiani libro 49. ad Sabinum* entlehnt. Wie die Stipulation des Verkäufers gelautet habe, findet ſich nirgends. Daß er aber ſtipulirt habe, läßt ſich aus *§. 6. I. de fideicomm. hereditat.* und *L. 178. §. ult. D. de Verb. Sign.* ſchließen. *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 405. ſtellt die Formel auf folgende Art her: *Quantam pecuniam eius, quod defunctus debuit, dedero, ſolvero, praeſtitero hereditario nomine, tantam pecuniam dare ſpondes?* Von dieſen ſtipulationibus emtae et venditae hereditatis inter emtorem et venditorem interpoſitis handeln vorzüglich CUJACIUS Obſervat. Lib. II. cap. 30. und NOODT c. l. pag. 400. ſqq.

98) Cujaz in Comm. ad libr. XVI. Quaeſt. Pauli h. l. erklärt dieſe Worte ſo: ut negotium *potius* emtoris hereditatis, quam negotium meum agam. Dieſe Erklärung hat auch die Auctorität mehrerer Handſchriften für ſich, welche agam *potius* leſen. So lieſet z. B. unſer Erlanger Codex. *Ant.* AUGUSTINUS

 Emen-

ſingulari non poteſt credi. Nam ſi eundem hominem tibi vendidero, et, nec dum tradito eo, alii quoque vendidero, pretiumque accepero, mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex emto; quoniam moram in tradendo non feci [99]). *Pretium enim hominis venditi non ex re, ſed propter negotiationem percipitur* · et ſic fit, quaſi alii non vendidiſſem [100]); tibi enim rem debebam,

Emendation. Lib. IV. cap. 7. hält dieſe Leſeart auch für die einzig wahre. Hingegen *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. will dieſe Worte ſo verſtehen: ut *tam* negotium eius (ſc. emtoris) agam, quam hereditatis. Weſtphal vom Kauf §. 844 S. 634. erklärt, von beyden abweichend: ut negotium eius (ſc. *hereditatis*) agam, quam (oder *tanquam*) hereditatis. Die Erklärung des Cujaz verdient unſtreitig den Vorzug. Man ſehe auch POTHIER Pandectae Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. VII. not. k. pag. 501.

99) Das heißt, wenn ich dem Andern eine res ſingularis verkauft, und dieſe Sache nachher noch vor der Uebergabe einem Dritten käuflich überlaſſen, und von demſelben das Kaufgeld erhalten habe; ſo bin ich, wenn dieſe Sache bey dem dritten Käufer zufällig zu Grunde gehen ſollte, ohne daß mir von dem erſten Käufer ein Verzug in Rückſicht der Uebergabe der Sache zur Laſt gelegt werden kann, demſelben aus dem Kaufe zu Nichts verbunden. Denn man kann hier nicht ſagen, der Verkäufer habe durch den Verkauf der Sache an einen Dritten negotium prioris emtoris gerirt. Er handelte hier mehr zu ſeinem eigenen Nutzen, als zum Nutzen des erſten Käufers. Daher hätte ihn auch die poena falſi getroffen, wenn die Sache nicht zu Grunde gegangen wäre. *L. 21. D. de lege Cornel. de falſis.*

100) Das heißt: ich bin dem erſten Käufer den von dem zweyten Käufer erhaltenen Preis eben ſo wenig herauszugeben ſchuldig, als wenn ich die Sache gar nicht weiter verkauft hätte, ſondern dieſelbe bey mir ſelbſt zu Grunde gegangen wäre.

bam, non actionem [r]). *At cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut ſi quid tanquam heres feci, id praeſtem emtori, quaſi illius negotium agam* [s]); quemadmodum

Y 2 fundi

r) Das iſt, wenn der zweyte Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt hätte, ſo würde der erſte Käufer, in dem Fall, da die ihm verkaufte Sache zu Grunde ging, ohne daß ein Verzug von meiner, des Verkäufers, Seite daran ſchuld war, nicht haben verlangen können, daß ich ihm gegen den zweyten Käufer die mir gegen dieſen zuſtehende Klage cedire. Denn ich war vermöge des Contracts nur zur Uebergabe der Sache verbunden; die Klage aber entſpringt aus einem Geſchäft, welches ich in meinem Namen, und nicht im Namen des erſten Käufers geſchloſſen habe. War ich alſo zur Ceſſion der Klage nicht gehalten, ſo kann er nun auch, wenn durch die Bezahlung des Kaufgeldes meine Klage gegen den zweyten Käufer erloſchen iſt, von mir nicht verlangen, daß ich ihm, ſtatt der Sache, den erhaltenen Preis herausgebe. Und war ich durch den Untergang der Sache von meiner Verbindlichkeit zur Uebergabe befreiet, ſo kann der Käufer auch gegen mich wegen des von dem zweyten Käufer erhaltenen Preiſes keine Klage haben. Man ſehe Cujaz und Anton Faber ad h. L. auch POTHIER Pand. Iuſt. h. t. nr. VII. not. n.

s) *Ant.* FABER Rational. in h. L. ſetzt den Unterſchied darin. Der Käufer der Erbſchaft erwerbe durch den bloßen Kauf, auch ehe noch die Uebergabe erfolgt iſt, actiones utiles gegen die Schuldner der Erbſchaft, vermöge der bekannten Verordnung des Kaiſers Pius, ſo wie beym Kaufe einer Schuldforderung. *L. 8. L. ult. Cod. h. t.* Der Käufer einer res ſingularis hingegen acquirire gegen den Verkäufer nichts als die perſönliche Klage ex emto. Daraus erkläre ſich denn, warum man in dieſem Falle nicht ſo, wie in dem erſten, annehmen könne, der Verkäufer, wenn er nachher die Sache noch vor der Uebergabe einem Andern verkauft hat, habe negotium prioris emtoris gerirt.

fundi venditor fructus praeſtet [3]) bonae fidei ratione; quamvis ſi neglexiſſet, ut alienum, nihil ei imputari [4]) poſſit, niſi ſi culpa eius argueretur [5]).

L. 6. Cod. h. t. Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perſeveravit, et ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit,

3) So lieſet die Florentiniſche Ausgabe. Andere Ausgaben und Handſchriften leſen *praeſtaret.* So z. B. unſer Erlanger Codex, Haloander und Baudoza Ceſtius. Brenkmann will lieber *praeſtat* leſen. Die Leſeart *praeſtaret* ſcheint mir den Vorzug zu verdienen.

4) Die Florentiniſche Ausgabe hat hier *imputare.* Allein der Leſeart *imputari,* welche Haloander, Baudoza, und auch mehrere Handſchriften, z. B. unſer Erlanger Codex, haben, giebt Brenkmann mit Recht den Vorzug.

5) *Ant.* FABER Rational. in h. L. will dieſe Periode nicht auf die unmittelbar vorhergehende, wo von dem Verkäufer der Erbſchaft die Rede iſt, ſondern auf den vorher vom Paulus erörterten Fall beziehen, da eine res ſingularis verkauft worden. Der Sinn ſoll alſo der ſeyn. So wenig in jenem erſten Falle der Verkäufer angehalten werden könne, den von dem zweyten Käufer erhaltenen Preis dem erſten Käufer herauszugeben; eben ſo wenig dürfe er auch in dem letzten Falle die Früchte dem Käufer vergüten, welche er nicht gezogen hat, geſetzt auch, daß er ſie noch hätte percipiren können. Allein dieſe Erklärung iſt ganz widerſinnig, denn von fructibus percipiendis war gar keine Frage. Richtiger erklärt POTHIER Pandect. Iuſtin. h. t. Nr. VII. not. a. pag. 502. dem ich im Text gefolgt bin. Auch die Erklärung des Cujaz, welche nicht viel von der Faberſchen abweicht, ſo wie des Weſtphal vom Kaufe §. 844. S. 634. ſcheint mir keinen Beyfall zu verdienen.

fregit, ex emto actione conventus, quanti tua intereſt, praeſtare cogetur.

Aus der erſten Geſetzſtelle lernten wir zugleich den wichtigen Unterſchied kennen, welchen **Paulus** zwiſchen dem Käufer einer Erbſchaft und dem einer ſingulairen Sache auseinanderſetzte. Er führt aber noch einen andern Fall an, wo es zweifelhaft zu ſeyn ſcheint, ob nicht auch der Verkäufer einer ſingulairen Sache, wenn er die verkaufte Sache nachher an einen Dritten noch vor der Uebergabe wieder veräuſſert hat, als ein negotiorum geſtor des erſtern Käufers anzuſehen ſey? Ich habe nämlich eine Sache verkauft, die ein Dritter beſitzt. Gegen dieſen ſtelle ich die Reivindication an. Der Beſitzer wird auch zur Herausgabe der Sache verurtheilt, allein wegen hartnäckiger Verweigerung derſelben werde ich zum Würderungseide gelaſſen, und erhalte die mir gerichtlich zuerkannte litis aeſtimatio. Eine ſolche litis aeſtimatio wird einem Kaufe gleichgeachtet [6]. Es fragt ſich nun, wozu ich hier dem Käufer verbunden ſey? Man ſollte denken, da ich die Sache gleich anfangs nicht beſaß, und ſolche alſo dem Käufer nicht tradiren konnte, ſo hätte ich das, was geſchehen iſt, im Namen des Käufers gethan, und dieſer habe daher an der von mir erſtrittenen litis aeſtimatio einen gerechten Anſpruch. Allein ſo entſcheidet dennoch **Paulus** nicht. Denn ich habe hier die Sache ſelbſt, und nicht die Klage gegen den Dritten verkauft. War gleich die Sache in den Händen eines Dritten, ſo war ich dennoch Eigenthümer derſelben. Ich konnte alſo auch mein Eigenthum verkaufen, ſo gut ich dem Käufer auch die Reivindi-

6) *L. 1. L. 2. §. ult. L. 3. D. Pro emtore.*

vindication hätte verkaufen und cediren können [7]). Da ich ihm aber die Klage nicht verkauft habe, ſo kann er auch den dadurch erſtrittenen Vortheil mit Recht nicht verlangen. Ihm ſteht daher gegen mich nur die actio ex emto zu, und mit dieſer kann er weiter nichts von mir fordern, als daß ich ihm die Sache übergebe, und da ich dieſes nicht vermag, das Intereſſe leiſte [8]). Die litis aeſtimatio hingegen kann weit mehr betragen, als der Werth der Sache und das Intereſſe. Denn der Würderungseid, wodurch ſie bedingt iſt, ſoll eine Strafe des Ungehorſams ſeyn [9]). So klärt ſich nun folgende Stelle auf.

L. 21. D. h. t. Quid, ſi rem, quam vendidi, alio poſſidente, petii, et litis aeſtimationem accepi, utrum pretium illi debeo, an rem? Utique rem: *non enim actiones ei, ſed rem praeſtare debeo.*

Da der Käufer der Erbſchaft gleichſam an die Stelle des Erben tritt, ſo gehören ihm auch alle Activforderungen des Erblaſſers. Sollte alſo der Verkäufer der Erbſchaft ſelbſt dem Erblaſſer ſchuldig geweſen ſeyn, ſo iſt dieſe Schuld als Etwas anzuſehen, was aus der Erbſchaft an den Verkäufer gekommen iſt. Denn die Erbſchaft befreyete ihn von einer Verbindlichkeit durch Confuſion. Er muß daher dieſe Schuld an den Käufer bezahlen. Ein Gleiches findet Statt, wenn ein Dritter dem Erblaſſer ſchuldig war, und nach dem Tode deſſelben der Verkäufer der Erbſchaft des Schuldners Erbe geworden iſt. Hier haftet

7) *L. ult. Cod. h. t.*

8) *L. 1. pr. D. de act. emti et vend. L. 4. Cod. eodem. L. 17. Cod. de fide inſtrum.*

9) *L. 1. et 8. D. de in litem iur. L. ult. D. de fideiuſſor.*

haftet nun der Verkäufer ſelbſt für dieſe Schuld dem Käufer. Beyde Fälle trägt Afrikan *L.* 20. *pr.* *et* §. 1. *D. h. t.* folgendermaſſen vor.

Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris, ac poſt debitori eiusdem heres exiſtas, actione ex emto teneberis. Quod ſimplicius etiam in illa propoſitione procedit, cum quis ipſe creditori ſuo heres extitit, et hereditatem vendidit.

Iſt der Verkäufer der Erbſchaft nicht der alleinige Erbe, ſondern es iſt mit ihm noch ein Anderer zur Erbſchaft gerufen, der aber nicht Erbe wurde, gleichviel, ob er die Erbſchaft ausſchlug, oder darum nicht dazu gelangte, weil die Bedingung, unter welcher er war zum Erben eingeſetzt worden, nicht exiſtirte; ſo entſteht die Frage, ob der Käufer der Erbſchaft auf dieſen vakanten Erbtheil Anſpruch machen könne? Die Geſetze haben dieſe Frage nirgends berührt, geſchweige entſchieden. Sie ſetzen überall den Fall voraus, da die Erbſchaft von einem Univerſal-Erben verkauft worden iſt. Daher ſind auch die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Entſcheidung derſelben ſehr verſchieden. Es giebt darüber fünf verſchiedene Meinungen. Ein Theil [10]) behauptet, daß mit dem Verkaufe

10) *Franc.* DUARENUS de iure accreſcendi libr. II. cap. 6. *Oper.* pag. 1090. *Thom.* PAPILLONIUS de iure accreſcendi lib. §. *Secundo quaeritur* (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* T. IV. pag. 782.) *Helf. Ulr.* HUNNIUS variar. Reſolution. iuris civ. Lib. III. Tract. VII. P. I. Qu. 8. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. § 68. und beſonders *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. de iure accreſcendi vendita hereditate ad emtorem pertinente. *Lipſiae 1747.* (in *Opuſcul.* Nr. IX.)

kaufe der Erbſchaft auch das erbſchaftliche Anwachſungsrecht auf den Käufer übergehe, weil er an die Stelle des Erben trete, und **Ulpian** *L.* 2. *pr. D. h. t.* überhaupt lehre, inter ementem et vendentem id agi, *ut neque amplius neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem futurum eſſet.* Ja man glaubt, es könne gar kein Zweifel Statt finden, wenn man mit **Julian** *L.* 33. §. 1. *D. de uſufructu* zum Grundſatz annehme, *portionem hereditatis vacantem portioni reſiduae accreſcere inſtar alluvionis.* Ein anderer Theil [11]) überzeugt ſich zwar, daß dem Käufer der Erbſchaft kein ius accreſcendi zuſtehen könne, weil er nicht Erbe wird, ſondern nach der ausdrücklichen Verordnung der Geſetze der Verkäufer Erbe bleibt. Nam portio vacans perſonae heredis, non hereditati accreſcit. Weil aber dennoch der Verkäufer der Erbſchaft alles an den Käufer abliefern müſſe, und zwar, wie **Ulpian** L. 2. § 4. *D. h. t.* ausdrücklich lehrt, non ſolum, quod ad venditorem hereditatis iam pervenit, *ſed et quod quandoque pervenerit*, eben ſo, als wenn der Käufer ſelbſt Erbe wäre, ſo könne dieſer mit Recht von dem Verkäufer die Abtretung deſſen verlangen, was in Anſehung des verkauften Erbtheils demſelben nachher accreſcirt.

Eine

11) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. *§. Poſſet.* (*Oper.* T. II. pag. 403. ſqq.) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. *§.* 3. *Balth.* BRANCHU Obſervation. ad ius Rom. Decad. I. Cap. 2. et Dec. II. in Addend. pag 285 ſqq. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu 8. *Ioſ.* FINESTRES Praelection. Cervarienſ. ad Titulum Pandectar. de acquir. vel omittenda hereditate P. II. Cap. XI. §. 56—61. pag. 443. ſqq. *Ern. Chriſt.* WESTPHAL Diſſ. de iure accreſcendi inter coheredes. *Halae 1761.* Cap. I. §. 5. nr. V. pag. 16. und Deſſelben Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf.

Eine dritte Parthey [12]) ſpricht hingegen dem Käufer alles Recht auf die dem Verkäufer nachher noch accreſcirte Erbportion ab, wenn ſie ihm nicht ausdrücklich mit verkauft worden iſt. Denn der ganze Streit, ſagt dieſe Parthey, betrifft eine quaeſtio facti, nämlich was zwiſchen dem Käufer und Verkäufer bey Schließung des Contracts verhandelt worden, und was im Zweifel, ihrer Intention gemäß, anzunehmen ſey. Nur die Grundſätze von der Auslegung der Verträge müſſen daher entſcheiden, ob die accreſcirte Portion dem Verkäufer oder dem Käufer gehöre. Dieſen Leitfaden gebe **Ulpian** ſelbſt an die Hand. Denn die *L.* 2. *D. h. t.* ſey aus deſſelben *libro* 49. *ad Sabinum*

Kauf ꝛc. §. 851. und Ant. Fried. Juſt. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts. 2. B. §. 844.

12) *Iac.* CUJACIUS Obſervation. Lib. XII. cap. 13. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. L. Err. 5. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 55. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. LXV. Th. 5. et 6. beſonders *Io. van der* VOORT de iure accreſcendi venditori non emtori hereditatis competente. *Lugd. Batav.* 1721. *Lud. God.* MADIHN Diſſ. de iure adcreſcendi poſt venditam hereditatem. *Halae* 1772. *Ioſ. Lud. Ernſt.* PÜTTMANN Diſp. de iure adcreſcendi ad emtorem hereditatis haud pertinente. *Lipſiae* 1780. *Ge. Hen.* FEIL Diſſ. de iure accreſcendi vendita hereditate penes venditorem remanente. *Goettingae* 1784. und *Martin.* ASCHENBRENNER Diſſ. de iure accreſcendi vendita hereditate in dubio venditori competente. *Bambergae* 1802. Dieſen ſind noch beyzufügen *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subſ. I. §. 7. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 544. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1941.

binum genommen. Vergleicht man nun ſämmtliche aus dieſem Buche des Ulpian entlehnte, und in den Pandecten zerſtreueten Fragmente, ſo wie ſie Hommel in ſeiner Palingeneſie [13]) zuſammengeſtellt hat, ſo werde man daraus erſehen, daß Ulpian in dieſem Buche die Lehre von der Auslegung der Verträge abgehandelt habe [14]). Der Inhalt der *L.* 2. *D. h. t.* ſetze dieſes vollends auſſer Zweifel. Denn im §. 1. gebe Ulpian die Regel: In hereditate vendita, cum *de quantitate* eius quaeritur, hoc eſſe ſervandum, *quod actum eſt*: plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit *in id tempus*, *quo venditio fit*, id videatur veniſſe. Dieſe Regel, auf den gegenwärtigen Fall angewandt, entſcheide hier alles. War alſo 1) bey Schließung des Kaufs ausdrücklich verabredet worden, daß der Erbtheil des Miterben auf den Fall, da er dem Verkäufer accreſciren würde, dem Käufer zugleich mit verkauft ſeyn, und überlaſſen werden ſolle; ſo müſſe es, Ulpians Regel zu Folge, bey der Verabredung bleiben, und der Käufer könne, wenn jener Fall eintritt, den accreſcirten Theil actione emti mit Recht abfordern. 2) Wenn aber dieſes nicht ausdrücklich verabredet worden, es war jedoch der Erbtheil des Miterben zur Zeit des geſchloſſenen Contracts ſchon eröfnet, und von dem Verkäufer der Erbſchaft durch Accretion erworben; ſo gehöre er, wofern er nicht ausdrück-

13) Palingeneſia libror. iuris veter. Tom. III. pag. 583. ſqq.

14) Man vergleiche *L.* 3. *et L.* 38. *D. de Verb. obligat. L.* 178. *D. de Verb. Signif.* welche alle aus ULPIANI *libro* 49. *ad Sabinum* genommen ſind. S. *Abr.* WIELING Iurisprud. reſtituta. Tom. I. pag. 315.

lich ausgenommen worden, nach Ulpians Regel zur verkauften Erbſchaft. 3) Wäre er hingegen zur Zeit des geſchloſſenen Contracts noch nicht vakant geweſen, weil damals der Miterbe noch deliberirte, oder die Bedingung der Erbeinſetzung noch ſchwebte; ſo ſtehe dem Verkäufer das ius accreſcendi, als wahrem Erben, zu, und der Käufer könne den Gewinn deſſelben nicht verlangen, ſondern müſſe ſich, Ulpians Regel gemäß, mit dem Theile der Erbſchaft begnügen, welchen der Verkäufer zur Zeit des geſchloſſenen Handels daran hatte. Denn im Zweifel ſey nicht zu vermuthen, daß ihm der Verkäufer mehr als ſeinen Erbtheil habe verkaufen wollen, weil er ja wegen des zur Zeit des Verkaufs noch nicht eröfnet geweſenen Erbtheils ſeines damals noch deliberirenden Miterben dem Käufer nicht einmal Klagen cediren konnte. Nach einer vierten Meinung [15]) ſoll ein Unterſchied gemacht werden, ob das Erbrecht ſelbſt, oder blos die Erbſchaft, nämlich für einen Inbegriff von Sachen genommen, verkauft worden ſey. In dem erſten Falle gehe das ius accreſcendi mit dem cedirten Erbrecht auf den Käufer über, es laſſe ſich aber dieſer Fall nur gedenken, wenn der Verkäufer die Erbſchaft ſelbſt noch nicht angetreten hatte. In dem letztern Falle hingegen ſtimmt dieſe Meinung mit der vorhergehenden überein. Einzig, aber ihres Urhebers faſt unwürdig, iſt die fünfte Meinung [16]), welche einen Unterſchied darin ſetzt, ob der Erbe die Erbſchaft verkauft habe,

15) BESEKE de alienatione hereditatis. Cap. VII. §. §. 93. ſqq. et Cap. X. §. 137. ſqq.

16) *Marc.* LYKLAMA a *Niebolt* Membranar. Vol. II. (Ienae 1624.) Lib. VI. Eclog. 9.

habe, nachdem er ſie zwar angetreten, aber noch nicht Beſitz davon ergriffen hatte, oder erſt nachher, nämlich nachdem er den Beſitz der erbſchaftlichen Sachen erlangt hat. Im erſten Falle ſey mit der Erbſchaft auch zugleich das ius accreſcendi verkauft. Denn nur ſolange der Erbe noch nicht den Beſitz der erbſchaftlichen Sachen ergriffen hat, daure die Erbſchaft, als eine ſolche, fort[17]). Da nun die vakante Erbportion der Erbſchaft accreſcire[18]), ſo gehöre ſie dem Käufer, der die Erbſchaft noch, als eine ſolche, gekauft hat[19]). In dem letztern Falle aber, wenn der Erbe ſich bereits in dem Beſitz der erbſchaftlichen Güter befand, ſo gehe das ius accreſcendi nicht auf den Käufer über. Denn hier hätte die Erbſchaft ſchon vor dem Verkaufe aufgehört, eine ſolche zu ſeyn, und wäre eigenes Vermögen des Erben geworden [20]). Fällt daher nun die Portion des Miterben aus, ſo gehöre ſie dem Verkäufer, welcher nicht aufhört, Erbe zu ſeyn, und zwar ſey hier anzunehmen, als ob ſie gleich beym Tode des Erblaſſers mit Antretung der Erbſchaft dem Erbtheile des Verkäufers angewachſen wäre. Unter dieſen verſchiedenen Meinungen verdient wohl unſtreitig die dritte wegen der für ſie ſtreitenden wichtigeren Gründe den Vorzug. Denn I) daß dem Käufer der Erbſchaft kein ius accreſcendi zuſtehe, kann man jetzt als eine ganz entſchiedene Sache anſehen. Der Grund liegt 1) in der

17) *L. 4. L. 5. L. 9. et 10. et tot. Tit. Pand. de hereditat. petit. L. 18. D. ad Leg. Falcid.*

18) *L. 33. §. 1. D. de Uſufr.*

19) *L. 83. D. de acquir. vel omitt. hered.*

20) *L. 18. §. 1. D. ad SCtum Trebell.*

der Natur des erbſchaftlichen Anwachſungsrechts ſelbſt. Denn dieſes Recht iſt ein Annexum des Erbrechts, und findet nur unter Miterben Statt, welche zu derſelben Erbſchaft gerufen ſind. Vermöge deſſelben wächſt, wenn einer von den Miterben ausfällt, das iſt, ſeinen Erbtheil nicht annehmen will oder kann, die eröfnete Portion den übrigen, welche die Erbſchaft ihrer Seits angetreten haben, ipſo iure, ſelbſt wider ihren Willen zu [21]). Es beruhet dieß auf den Regeln des Civilrechts, daß der Erbe die Perſon des Erblaſſers vorſtellt, und kein Erblaſſer, der nicht Soldat iſt, Teſtaments- und Inteſtaterben zugleich hinterlaſſen kann [22]). Allein durch den Verkauf der Erbſchaft wird das Erbrecht ſelbſt nicht übertragen. Der Käufer iſt nur ein ſucceſſor ſingularis, der ſein Recht durch den Kauf erworben hat, und blos in Rückſicht der ihm durch den Kauf übertragenen erbſchaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten gleichſam als Erbe angeſehen wird. Der Verkäufer hingegen iſt und bleibt der wahre Erbe, wenn er auch die Erbſchaft nicht mehr beſitzt [23]). Nur ihm, und nicht dem Käufer, accreſcirt daher

21) *L. 31. L. 53. §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 9. D. de ſuis et legitim. heredib. L. un. §. 10. Cod. de caducis tollend.*

22) CICERO *de Invent. Lib. II. c. 63. L. 7. D. de div. reg. iur. L. un. §. 10. Cod. de caducis tollend.*

23) Siehe die S. 320. Not. 70. angeführten ganz entſcheidenden Geſetzſtellen. Daher bezahlte auch ehemals die, vermöge der Lex Iulia, von Erbſchaften zu entrichtende Viceſima nicht der Käufer, ſondern der Verkäufer. S. *Io. Phil.* SLEVOGT Diſſ. de Viceſima hereditatum. §. 29. GRONOVIUS de Seſtertiis Lib. IV. c. 5. und *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 32.

her die ausfallende Erbportion. Der Grundſatz, den hier einige[24]) aufſtellen, *portio vacans accreſcit portioni reſiduae inſtar alluvionis*, iſt eben ſo unrichtig, als die Schlußfolge, daß das ius accreſcendi auf den Käufer übergehe. **Ulpian** lehrt im Gegentheil[25]): heredi ſcripto ſicut portio hereditatis, ita et bonorum poſſeſſio adcreſcit. Wäre ein ſolcher unzertrennlicher Zuſammenhang zwiſchen der Erbportion, welche der Erbe angenommen hat, und dem Erbtheile des ausfallenden Miterben, welcher ihm accreſcirt, wie zwiſchen dem Grundſtück, und der Alluvion, die demſelben zuwächſt; wie hätten die Geſetze dem Teſtator erlauben können, das Accreſcenzrecht durch Subſtitution auszuſchließen? Die Geſetze, die man uns entgegenſtellt, gehören gar nicht hierher. Die *L.* 33. *§.* 1. *D. de uſufr.* zeigt blos den Unterſchied zwiſchen einem legato fundi und legato uſusfructus, pluribus relicto, in Abſicht auf das Accreſcenzrecht, wenn demjenigen, welcher auf die eröfnete Portion Anſpruch macht, ſein eigener Antheil rechtskräftig war abgeſprochen worden[26]). Hier ſagt nun **Papinian** in lite quidem *proprietatis* iudicatae rei exceptionem obſtare, in *fructus* vero non obſtare, ſcribit IULIANUS; *quoniam portio fundi, velut alluvio, portioni, perſonae fructus accreſceret.* Kann man denn aber wohl einen Erben, welcher ſeinen Erbtheil verkauft hat, mit einem Legatar vergleichen, dem ſein Recht an der ihm mit mehreren zugleich vermachten Sache durch ein rechts-

24) S. MENCKEN cit. Diſſ. §. 8. et 23.

25) *L.* 2. *§.* 8. *D. de bonor. poſſ. ſec. tab.*

26) Man ſehe über dieſe Stelle den 9. Th. dieſes Commentars §. 637. a. Not. 47. S. 286 f. auch *Barth.* CHESII Interpretat. iur. Lib. II. cap. 14. und *Gregor.* MAJANSII Diſputat. iur. Tom. II. Diſp. XXXVIII. §. 45.

rechtskräftiges Urtheil, es ſey mit Recht oder Unrecht, nam res iudicata pro veritate accipitur[27]), iſt abgeſprochen worden? Würde nicht auch der Erbe ſo gut, wie der Legatar, wenn er ſeinen Erbtheil durch den unglücklichen Ausgang eines darüber entſtandenen Prozeſſes verlohren hätte, das Accreſcenzrecht vergeblich anſprechen? Denn wer kann ihn hier noch für einen Erben anerkennen? Würde man hingegen dem Legatar, der, während der Collegatar noch deliberirt, ſeinen Antheil an der ihnen beyden coniunctim vermachten Sache einem Dritten verkauft, das ius accreſcendi wohl abſprechen können, wenn nachher der Collegatar ſeinen Antheil ausſchlägt? Mit Recht gewiß nicht. Denn der Legatar, der einmal das Vermächtniß agnoſcirt hat, hört durch den Verkauf ſeines Antheils eben ſo wenig auf, Legatar zu ſeyn, als der Erbe, der die Erbſchaft angetreten, aber ſeinen Erbtheil, während der Deliberationszeit ſeines Miterben, verkauft hat[28]). **Papinian** lehrt auch nicht mit **Julian** das Gegentheil. Er ſagt nicht ſchlechthin, das Accreſcenzrecht folge der Portion, ſie möge gekommen ſeyn, an wen ſie wolle; ſondern es iſt in Abſicht auf das Accreſcenzrecht ein wichtiger Unterſchied zwiſchen Legat und Erbſchaft. Bey Vermächtniſſen tritt das Accreſcenzrecht nur dann ein, wenn mehreren zugleich dieſelbe Sache ganz vermacht worden iſt, ſo daß, wenn ſie alle concurriren, das Ganze getheilt werden muß[29]). Es iſt alſo, wenn es eintritt, immer

27) *L. 207. D. de div. reg. iur.*

28) S. *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum P. II. Decad. I. Err. 6.

29) *L. 3. pr. D. de uſufr. accreſc. L. un. §. 11. Cod. de caduc. toll.*

immer ein ius non decreſcendi [30]). Der Legatar konnte daher ſeinen Antheil an der legirten Sache anders nicht, als mit dem ganzen Fundus verkaufen, der ihm ſo gut, wie dem nachher ausfallenden Mitvermächtnißnehmer, ungetheilt vermacht worden iſt. Hier kann man gewiſſermaſſen ſagen, portio fundi velut alluvio portioni accreſcit, obwohl, wie Cujaz [31]) mit Recht bemerkt, die Vergleichung nicht ganz paſſend iſt. Verbleibt alſo auch dem Verkäufer das Accreſcenzrecht, weil der Käufer nicht Legatar wird, ſo muß er doch, nach der beſondern Natur dieſes Rechts, nun das ihm vermöge deſſelben zu Theil gewordene ganze Grundſtück dem Käufer überlaſſen, weil es ihm ſchon zur Zeit des Verkaufs, nach dem Willen des Erblaſſers, ganz zugehörte [32]). Daher muß denn auch das Legat ganz ſo, wie es der Erblaſſer dem Legatar zugedacht hat, von demſelben angenommen werden, und er darf es nicht halb annehmen und halb ausſchlagen [33]). Bey Erbſchaften hingegen findet das Accreſcenzrecht Statt, es mögen die Erbtheile der Miterben beſtimmt worden ſeyn, oder nicht. Man kann alſo hier nicht ſagen, der Erblaſſer habe jedem die Erbſchaft ganz zugedacht, und der Miterbe, welcher ſeinen Erbtheil verkauft hat, habe hiermit die ganze Erbſchaft verkauft. Die Erbſchaft iſt ſchon gleich Anfangs in intellectuelle Theile getheilt, und die nachher erfolgte reelle Theilung iſt nichts anders, als eine

30) *Phil. Iac.* HEISLER Diſſ. de iure accreſcendi in legatis ſemper iure non decreſcendi. *Halae 1759.*

31) Obſervation. Lib. XII. cap. 13.

32) S. *Ant.* FABER cit loc.

33) *L. 38. pr. D. de legat. I. L. 4. L. 58. D. de legat. II.*

eine bloße Vollziehung des Willens des Erblaſſers und der Geſetze. Der Erbe, welchem alſo zur Zeit des Verkaufs nur die Hälfte der Erbſchaft zugehörte, weil der andere Miterbe ſich noch nicht erklärt hatte, kann im Zweifel natürlich mehr nicht verkauft haben, als ſeinen Antheil, den ihm der Teſtator oder das Geſetz beſchieden hat. Schlägt nachher der Miterbe die Erbſchaft aus, ſo accreſcirt nun zwar dem Verkäufer dieſer eröfnete Theil der Erbſchaft auch wider ſeinen Willen; allein er erhält dieſen Erbtheil nicht ſowohl nach dem Willen des Erblaſſers, als vielmehr, ſelbſt wider des Teſtators Willen, nach Vorſchrift der Geſetze, und alſo aus rechtlicher Nothwendigkeit. Es läßt ſich demnach auf keine Weiſe behaupten, daß dieſe Hälfte der Erbſchaft, die jetzt erſt dem Verkäufer angewachſen iſt, ſchon dem Käufer mit verkauft ſey, welcher die dem Verkäufer damals nur deferirte Erbportion kaufte, gleichſam als wenn der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs ſchon die ganze Erbſchaft gehabt hätte. So wenig ſich nun aus der angeführten *L.* 33. §. 1. *D. de uſufr.* der Satz beweiſen läßt, daß das Accreſcenzrecht der Portion folge, und daher auf jeden Beſitzer derſelben übergehe; eben ſo wenig beweißt gegen unſere Meinung die *L.* 83. *D. de acquir. vel omitt. hereditate.* Hier ſagt **Ulpian**: Si totam, an [34]) partem, ex qua quis heres inſti-

34) Faſt alle wollen dieſe Leſeart für fehlerhaft halten, und entweder das *an* ganz wegſtreichen, wie z. B. Bynkershök in der Gebaueriſchen Ausgabe des Corpus iur. civ. oder es in *eam* verwandeln. S. *Iac.* CUJACIUS Obſervation. Lib. II. cap. 7. et lib. III. cap. 38. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. L. Err. 5. *Thom.* PAPILLONIUS de iure accreſcendi. Tom. IV. *Theſ. Otton.*

inſtitutus eſt, tacite rogatus ſit reſtituere: apparet, *nihil ei debere adcreſcere, quia rem non videtur habere*, und hieraus ſchließt man denn, weil auch der Miterbe, welcher ſeinen Erbtheil verkauft hat, denſelben nicht mehr hat, ſo ſtehe ihm auch das ius accreſcendi nicht mehr zu, ſondern dieſes ſey mit dem verkauften Erbtheil auf den Käufer deſſelben übergegangen. Allein man erwäge, daß Ulpian hier von dem Falle handelt, da der Erbe von dem Teſtator heimlich gebeten worden war, die Erbſchaft ganz, oder ſeinen Erbtheil gegen das Verbot der Geſetze an eine unfähige Perſon wieder abzutreten, und der Erbe, zur Vollziehung eines ſolchen geſetzwidrigen letzten Willens, ſich dem Teſtator verbindlich gemacht hatte. Man nannte eine ſolche letzte Willensverordnung fideicommiſſum

p. 782. *Balth.* BRANCHU Obſervation. ad ius Rom. Decad. II. in Addend. pag. 289. und Ernſt Chriſt. Weſtphal im ſyſt. Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröfnung der Teſtamente §. 282. Allein es iſt hier keine Aenderung nöthig. Die Leſeart, ſo wie ſie iſt, hat die Auctorität der beſten Handſchriften für ſich. Man ſieht, daß hier AN für *ſive* ſteht. Eine gar nicht ungewöhnliche Bedeutung ſowohl in den Geſetzen als bey den Klaſſikern. S. *Io.* STRAUCH Lexic. particular. iur. voc. *An.* und GESNER Theſaur. Ling. et E. R. ſub voc. *an.* Ulpian wollte alſo eigentlich ſagen: *Si totam* hereditatem, *ſive partem, ex qua quis heres inſtitutus eſt* etc. S. PÜTTMANN Diſſ. de iure accreſcendi ad emtor. hereditatis haud pert. pag. 17. not. 14. Es leſen auch wirklich Haloander und Baudoza Ceſtius: *Si totam hereditatem, aut partem.* Allein HEINECCIUS ad *Briſſonium* de Verb. Significat. h. v. hat dennoch gegen dieſe Leſeart Verſchiedenes erinnert, und die Emendation derjenigen, welche für an, *eam* leſen wollen, zu vertheidigen geſucht.

ſum tacitum [35]). Von dieſen Fideicommiſſen verordnete die *Lex Iulia Caducaria* im 13. Kapitel nach der Reſtitution des Heineccius [36]): *Si qui heres legatariusve in fraudem huius Legis a teſtatore tacite rogatus ſit, ei reſtituere, qui per hanc Legem capere prohibetur, isque ſciens dolo malo tacitam fidem teſtatori adcommodaverit, hereditate legatove, ſibi relicto, privator, eaque populo vindicantor.* Kann man nun wohl den Verkäufer der Erbſchaft, oder ſeines Erbtheils einem ſolchen Erben gleichachten, welcher ſich wegen einer geſetzwidrigen Handlung der Erbſchaft unwürdig, und daher auch des Accreſcenzrechts verluſtig gemacht hat? einem Erben, dem auch das Senatusconſultum Plancianum nicht erlaubte, die ſonſt dem Fiduciar gebührende Quarte inne zu behalten [37])? Das Anwachsungsrecht findet ja nur unter Miterben Statt. Allein die Geſetze erkennen den für keinen Erben, der ſich von dem Erblaſſer gebrauchen ließ, gegen das Verbot derſelben zu handeln. Sie erklären ihn für einen Prädo [38]), und ſprechen die Erbſchaft, welche er den zur Erwerbung der-

ſelben

35) *L. 103. et L. 123. §. 1. D. de legat. I. L. 3. §. 3. L. 40. et L. 43. D. de iure fiſci. L. 13. D. ad Leg. Falcid.*

36) Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. III. Cap. 9. §. 6. pag. 440.

37) *L. 59. §. 1. D. ad Leg. Falcid.* Man ſehe auch *L. 11. et L. 23. D. de his, quae ut indignis. L. 49. D. de iure fiſci.*

38) *L. 46. D. de heredit. petit.* Praedonis loco intelligendus eſt is, qui tacitam fidem interpoſuerit, ut non capienti reſtitueret hereditatem. S. *Io. van* NISPEN Diſp. ad Fragmenta, quae in Dig. ex Herennii Modeſtini IX. libris Differentiar. ſuperſunt. Cap. VII. (in *Gerh.* OELRICHS *Theſ. Diſſertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 49.)

ſelben Unfähigen heimlich reſtituiren ſollte, dem Fiscus zu [39]). Zwar fällt dem Unwürdigen wegen des eröfneten Erbtheils des andern Miterben kein Fraus zur Laſt. Allein wie kann ihm dieſer Erbtheil accreſciren, da er in Rückſicht ſeines eigenen Erbtheils zur Strafe für keinen Erben gehalten wird [40])? Sollte der Erbe nicht ſeinen ganzen Erbtheil, ſondern nur einen Theil davon dem Unfähigen abtreten, oder hat ihn ſonſt noch der Erblaſſer honorirt, z. B. er hat ihn ſeinem unmündigen Kinde pupillariſch ſubſtituirt, ſo behält er dieſen Vortheil, und es iſt in Rückſicht der Subſtitution auch ſogar die Antretung der väterlichen Erbſchaft von Wirkung, wenn ſie dem Erben auch von dem Fiscus wieder entzogen worden iſt. Denn in Rückſicht der Subſtitution hat der Erbe nicht in

39) *L. 17. §. 2. D. de Uſuris. L. 13. pr. et §. 1. L. 49. D. de iure fiſci. L. 3. Cod. ad Leg. Falcid. L. 12. §. ult. D. de fideicomm. libertat.* Dem Fiskus ſtanden ex tacito fideicommiſſo actiones in rem zu. *L. 44. D. eodem.* Nach der Lex Iulia Caducaria floſſen zwar die fideicommiſſa tacita in das aerarium populi. TACITUS Annal. lib. III. cap. 25. So war es auch noch zu den Zeiten des Kaiſers Trajan. PLINIUS Epiſt. Lib. II. Ep. 16. et VI. 12 Allein ANTONINUS CARACALLA wieß ſie dem kaiſerlichen Fiskus zu. ULPIANUS *Fragm. Tit. XVII. §. 11.* S. *Io. Aug.* BACH Trajanus ſ. de Legg. Trajani Imp. Commentar. pag. 47. ſq. Nach dieſem neuern Rechte wurden denn auch die aus den Schriften älterer Röm. Rechtsgelehrten in die Pandecten aufgenommenen Fragmente interpolirt. S. HEINECCII Comment. cit. ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. 5. pag. 401. ſq.

40) S. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Commentar. ad Ulpianum in L. 83. D. de acquir. vel omitt hered. (in *Ger.* MEERMANN *Novo Theſ. iur. civ. et canon.* Tom. VII. p. 255. ſqq.)

in fraudem legis gehandelt. Den Vortheil derſelben verdankt er auch nicht ſowohl den Geſetzen, als vielmehr dem Willen des Erblaſſers, und überdem iſt ja die Erbſchaft des unmündigen Kindes eine andere Erbſchaft[41]), zu welcher der Subſtitut in vielen Fällen gelangen kann, ohne nothwendig Erbe vom Vater ſeyn zu müſſen[42]). So lehrt nun auch **Paulus** in folgender ſehr merkwürdigen Geſetzſtelle.

L. 43. §. 3. D. de vulgari et pup. ſubſtitut. Iulius Longinus pater eos, ſagt er, quos ſibi heredes inſtituerat, filio ita ſubſtituit: *Quisquis ſibi heres eſſet.* Unus ex heredibus inſtitutis, qui tacitam fidem accommodaverat, ut non capienti *partem* ex eo, quod acceperat, daret, ad ſubſtitutionem impuberis admiſſus, utrum pro ea parte, pro qua ſcriptus fuit, veniat; an vero pro ea, quam cepit, ita ut augeatur eius pars in ſubſtitutione[43])? Reſpondi: *Qui in fraudem Legum fidem*

41) *L. 2. §. 2. D. h. t.*

42) *L. 31. pr. L. 43. in fin. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.*

43) Der Fall, den Paulus hier erörtert, iſt folgender. Ein Vater hatte mehrere Erben eingeſetzt, und dieſe alle ſeinem unmündigen Kinde pupillariſch ſubſtituirt. Einer von den Erben hatte jedoch dem Vater unter vier Augen verſprechen müſſen, daß er einen Theil von ſeiner Erbportion an eine Perſon abgeben wolle, welche die Geſetze im Teſtament ſelbſt zu bedenken nicht erlaubten. Sämmtliche Erben traten die Erbſchaft an, allein das fideicommiſſum tacitum wurde verrathen, und der Fiscus zog es ein. Nun ſtarb das unmündige Kind des Erblaſſers noch vor dem Eintritt der Pubertät. Alle eingeſetzte Erben waren dem Kinde ſubſtituirt. Hier tritt die Regel ein, welche Ulpian giebt *L. 8. in fin. D. de vulg. et pup. ſubſtit.*

fidem accommodat, adeundo heres efficitur: nec deſinet heres eſſe, licet res, quae ita relictae ſunt, auferuntur. Unde et ex ſecundis tabulis in tantum heres eſſe poteſt, in

ſubſtit. Partes eaedem ad ſubſtitutos pertinent, quas in ipſius patrisfamilias habuerunt hereditate; oder wie er *L. 10. pr. D. eodem* ſagt: Subſtituti ex ſubſtitutione heredes exiſtunt pro rata partium, ex quibus inſtituti ſunt. Allein die Frage war, wie nun dieſe Regel in Anſehung desjenigen Miterben anzuwenden ſey, der in fraudem Legum jene heimliche Verabredung mit dem Teſtator getroffen, und deswegen eine Verminderung ſeines Erbtheils erlitten hatte? Soll ſein Antheil an der Subſtitution nach dem verminderten Erbtheil, den er von der Erbſchaft wirklich erhalten hat, oder nach dem Verhältniß der Erbportion beſtimmt werden, in welcher er im Teſtament iſt eingeſetzt worden, ſo daß er alſo nun bey der Subſtitution mehr erhält, als er durch die Inſtitution erhalten hat? So hätte freylich die Frage eigentlich geſtellet werden ſollen, welche Paulus hier entſcheidet. Denn die Worte: *ita ut augeatur eius pars in ſubſtitutione* paſſen nicht recht zu den unmittelbar vorhergehenden. Daher hat man hier mancherley Veränderungen im Text verſucht. CUJACIUS in Iulio Paulo ad h. L. (*Operum poſtumor.* Tom. II. pag. 1120. *edit. Fabrot.*) meint, die Worte müßten auf folgende Art verſetzt werden: *utrum pro ea parte, quam cepit, veniat, an vero pro ea, pro qua ſcriptus fuit, ita ut augeatur eius pars in ſubſtitutione. Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. V. cap. 17. pag. 123. (edit. *Aurel. Allobrog. 1609. f.*) glaubt hingegen der Wahrheit näher zu kommen, wenn er, ohne Verſetzung der Worte, ita ut *non* augeatur lieſet. *Io. Van de* WATER Obſervation. iuris Rom. Lib. II. cap. 2. verwirft beyde Emendationen. Er glaubt, die Worte: *ita ut augeatur eius pars in ſubſtitutione*, giengen nicht auf die Portion des Erben, welcher das fideicommiſſum tacitum übernommen hatte, ſondern auf die übrigen Miterben, deren

in quantum ſcriptus eſſet[44]): ſatis enim punitus eſt in eo, in quo fecit contra Leges. Quinimo, etſi deſineret heres eſſe, idem dicerem: quemadmodum intelligendum eſt in eo, qui, cum ſcriptus eſſet heres, poſtquam adiſſet hereditatem, in ſervitutem redactus eſt, et poſtea libertate donatus, cui permiſſum eſt ad ſubſtitutionem venire, quae ei in teſtamento fuerat reli-

deren Theile bey der Subſtitution vergrößert würden, wenn der beſtrafte Miterbe nur nach dem Verhältniß ſeines verminderten Erbtheils dabey concurrirte. Er hält daher das *eius* für fehlerhaft, und lieſet ſtatt deſſen *inſtitutorum*; ein Fehler, der, wie mehrere andere, gar leicht aus einer mißverſtandenen Abbreviatur ſein Daſeyn erhalten haben könne. Ihm ſtimmt auch WALCH ad *Eckhardi* Hermeneut. iur. Lib. I. pag. 41. bey. Allein mit Recht behauptet Weſtphal in der Theorie des Röm Rechts von Teſtamenten §. 698. daß nichts geändert zu werden brauche.

44) Die Entſcheidung geht nun alſo dahin, der Erbe, welcher in fraudem legis gehandelt hat, concurrire dennoch bey der Subſtitution nach dem Verhältniß desjenigen Theils, in welchem er zum Erben eingeſetzt worden iſt, eben ſo als wenn er gar keine Verminderung daran erlitten hätte. Der Grund iſt, weil ihn die Geſetze nur inſofern, als er gegen das Verbot derſelben gehandelt hat, nicht als Erben anerkennen, und ihn der durch ſie eingeführten Wohlthaten für unwürdig halten. In Rückſicht derjenigen Vortheile hingegen, welche er blos dem Willen des Erblaſſers zu verdanken hat, iſt und bleibt er Erbe, welcher er durch die Antretung geworden iſt, und zwar zu dem Antheile, in dem ihn der Teſtator inſtituirt hat, wenn ihm auch dieſer ganz vom Fiskus wäre genommen worden, weil er ja ſonſt eine doppelte Strafe leiden würde. S. RAMOS DEL MANZANO Comm. cit. § 21. Tom. VII. *Theſ. Meerm.* p. 262 und CUJACIUS c. l. pag. 1120.

relicta. *Licet enim hereditatem ex inſtitutione amiſit, tamen ex ſubſtitutione iſtam portionem, quantam amiſit, percepturum.*

Wie läßt ſich nun alſo die *L.* 83. *D. de acquir. hered.* auf einen Miterben anwenden, der ſeinen Erbtheil verkauft hat? Wie kann hier der Grund eintreten, *nihil ei debet accreſcere, quia rem non videtur habere,* da die *L.* 4. §. 3. *D.* Si *quis omiſſa cauſa teſtamenti* gerade das Gegentheil lehrt, wo **Ulpian** ſagt: Si quis vendiderit hereditatem, *utique poſſidere videtur:* non dolo feciſſe, quominus poſſideat? Der Verkäufer iſt und bleibt Erbe, nicht blos darum, weil er das Kaufgeld in Händen hat, welches an die Stelle der Erbgüter getreten iſt (denn er würde auch Erbe bleiben, wenn er gleich ſeinen Erbtheil verſchenkt hätte); ſondern weil, wie **Anton Faber**[45]) ſehr richtig ſagt, das ius et nomen heredis, dem das Accreſcenzrecht folgt, nicht veräuſſert werden kann. Proinde non poteſt videri nihil habere, cui poſſit deficiens portio adcreſcere, ſagt dieſer große Rechtsgelehrte, quia *ius et nomen heredis,* quod retinet, ob acquiſitam ſemel hereditariam portionem, portionis ipſius loco ſemper eſt. Ein anderer Hauptgrund, welcher die Wahrheit, daß nicht dem Käufer, ſondern dem Verkäufer der Erbſchaft das ius accreſcendi zuſtehe, beruhet

2) darin, daß die Geſetze zwiſchen dem Verkäufer und Käufer einer Erbſchaft ein ſolches Verhältniß eintreten laſſen, wie zwiſchen einem Erben, welchem der Erblaſſer die Reſtitution der Erbſchaft auferlegt hat, und dem

45) De errorib. Pragmaticor. Decad. L. Err. 5.

dem Fideicommiſſar, welchem die Erbſchaft, dem Willen des Erblaſſers gemäß, wieder abgetreten worden iſt. Juſtinian ſagt §. 6. *I. de fideicomm. hereditat.* Sed quarta quidem retenta quaſi partis et pro parte ſtipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium, et heredem: ſi vero totam hereditatem reſtitueret, *emtae et venditae hereditatis ſtipulationes* interponebantur [46]). Nun geht das ius accreſcendi nicht auf den Fideicommiſſar über, ſondern ſteht dem Fiduciar auch nach der Reſtitution der Erbſchaft zu [47]). Der Grund iſt ganz der nämliche. Reſtituta enim hereditate, ſagt Juſtinian §. 3. *I. eodem*, is quidem, *qui reſtituit, nihilominus heres permanet*, is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habetur. So deutlich ſich ſchon daraus ergiebt, daß dem Fideicommiſſar eben ſo wenig, als dem Käufer der Erbſchaft, das Accreſcenzrecht zuſtehen könne, ſo beſtimmt ſagen es auch die

46) Man vergleiche auch *L. ult. D. de transact. L. 54. pr. D. de heredit. petit.*

47) S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. L. Err. 4. *Ulr.* HUBER Praelection. ad Pand. Lib. XXIX. Tit. 2. §. 7. *Ioſ. Fern. de* RETES Opuſculor. Lib. III. ad L. 79. D. ad SCt. Trebell. nr. 4. et 5. (in *Theſ. Meerm.* Tom. VI. pag. 183.) *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Commentar. ad L. 83. D. de acquir. vel omitt. heredit. §. 26. (in *Theſ. Meerm.* Tom. VII. pag. 263. ſq.) *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 55. *Ioſ.* FINESTRES Praelection. Cervarienſ. ad Tit. Dig. de acquir. vel omitt. hered. P. II. cap. XI. §. 53. *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 31. §. *Quae vero.* p. 249. und Ernſt Chriſt. Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen. 2. Th. §. 1732.

die Geſetze ſelbſt. Sehr merkwürdig iſt hierüber folgende Geſetzſtelle.

L. 43. *D. ad SCtum Trebell.* PAPINIANUS tractat: Si quis heres inſtitutus ex ſemiſſe, rogatus ſit reſtituere hereditatem, et eam ſuſpectam dicens, compulſus adit, deinde fideicommiſſarius ignarus ſit, *adcreviſſe portionem hereditatis poſt reſtitutionem ſcripto heredi:* an opus ſit ei alia actione? Et ait: ſecurum eſſe eum poſſe. De illo plane loco ſolo quaerendum ait, an ei opus ſit nova reſtitutione, *poſteaquam portio adcrevit?*

Es iſt hier von einem ſolchen Falle die Rede, wo der Erbe, welcher in Rückſicht ſeines Erbtheils mit einem Fideicommiß war beſchwert worden, auf Verlangen des Fideicommiſſars, zur Antretung der Erbſchaft hatte gezwungen werden müſſen, weil er ſich unter dem Vorwande, die Erbſchaft könnte verſchuldet ſeyn, dieſelbe anzutreten geweigert hatte. Ein ſolcher Zwang hatte vermöge des Pegaſianiſchen Senatusconſults Statt [48]). Der Fiduciar verlohr zwar dadurch allen Vortheil der Erbſchaft, dagegen war er aber auch gegen allen weitern Anſpruch geſichert [49]). Denn er trat nun die Erbſchaft auf die Gefahr des Fideicommiſſars an. Die ſämmtlichen Activ- und Paſſiv-Forderungen giengen daher, wie beym Senatusconſulto Trebelliano, auf den Fideicommiſſar über, ohne daß es hier der ſonſt gewöhnlichen Stipulationen bedurfte [50]). Nachdem der gezwungene Erbe ſeinen Erb-

48) §. 6. *I. de fideicomm. hereditat.*

49) *L.* 4. *L.* 27. §. 2. *D. ad SCtum Trebell.*

50) §. 6. *I. de fideicomm. hereditat.* Man vergleiche damit ULPIAN. *Fragm.* Tit. XXV. §. 15. et 16.

Erbtheil an den Fideicommiſſar abgetreten hatte, ſchlägt der andere Miterbe ſeinen Erbtheil aus. Daß hier dieſe eröfnete Portion dem Fiduciar anwuchs, war gar keine Frage. **Papinian** ſetzt dieß, als ſich von ſelbſt verſtehend, voraus. Denn der Fiduciar iſt und bleibt wahrer Erbe, auch nach der Reſtitution [51]). Allein der Fideicommiſſar hatte von dieſer Accretion nichts gewußt [52]). Es war alſo hier nicht ſo, wie bey der Reſtitution des eigenen Erbtheils des Fiduciars, eine gezwungene Antretung auf Verlangen des Fideicommiſſars geſchehen, ſondern der Erbtheil des ausfallenden Miterben war dem Fiduciar vermöge unmittelbarer Verordnung der Geſetze angewachſen. Daher entſtand nun eine doppelte Frage. Erſtens, ob nicht etwa noch eine beſondere Handlung [53]), nämlich von Sei-

51) S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXVII. Err. 5.

52) Faſt alle Ausleger der *L. 43.* cit. halten die Worte: deinde fideicommiſſarius *ignarus* ſit, für fehlerhaft, und wollen dafür mit CUJACIUS Obſervation. Lib. XII. cap. 12. *gnarus* leſen. Man will alſo dieſe Worte ſo verſtehen, nachdem der Fideicommiſſar erfahren, daß die Portion des Miterben dem Fiduciar angewachſen ſey, wäre die Frage entſtanden, ob etwa auch in Anſehung dieſes accreſcirten Erbtheils von Seiten des Fideicommiſſars erforderlich ſey, den Fiduciar zur Antretung deſſelben beſonders anhalten zu laſſen. Dieſe Cujaziſche Leſeart hat beſonders *Siegm. Reich.* IAUCHIUS in Meditationib. critic. de Negationibus Pand. Florent. Cap. XVII. pag. 312. zu vertheidigen geſucht. Allein *Ioſ. Fern. de* RETES Opuſcul. c. l. pag. 183. hält mit Recht eine Aenderung der Leſeart für unnöthig.

53) Das Geſetz ſagt: *an opus ei ſit alia actione?* Auch dieſe Worte ſollen fehlerhaft ſeyn, weil es keine beſondere Klage gebe, um den Fiduciar zur Antretung der Erbſchaft zu zwingen,

Seiten des Fideicommiſſars ein nachgeſuchter Zwang, oder von Seiten des Fiduciars wenigſtens noch eine beſondere Antretung nöthig ſey, um gegen allen Nachtheil geſichert zu ſeyn? Zweytens, ob nicht auch eine neue Reſtitution in Anſehung des eröfneten Erbtheils erfordert werde, wenn er auf den Fideicommiſſar übergehen ſolle. Denn der Fiduciar hatte ſich deſſelben unwürdig gemacht. In Anſehung der erſten Frage ſollte man glauben, es ſey, theils von Seiten des Fiduciars, um in Anſehung der accreſcirten Erbportion gegen die Anſprüche der Legatare und Erbſchaftsgläubiger vollkommen gedeckt zu ſeyn, theils auch von Seiten des Fideicommiſſars, um die Reſtitution dieſes eröfneten Erbtheils verlangen zu können, die geſetzlich geſchehene Accretion nicht für hinreichend zu halten, ſondern es müſſe auſſerdem noch eine beſondere Handlung hinzukommen. Denn der Fiduciar konnte die Erbſchaft nicht eher abliefern, als bis er ſie ſelbſt angetreten hatte, und wegen des Vortheils, gegen alle weiteren Anſprüche geſichert zu ſeyn, war es ſogar zuweilen eine Cautel, ſich zur Antretung der Erbſchaft zwingen zu laſſen[54]. **Papinian** entſcheidet nun dieſe erſte Frage

gen, ſondern blos extra ordinem von dem Prätor ein Decret gefordert werde. *L. 6. pr. L. 67. pr. D. ad SCtum Trebell.* Cujaz a. a. O. will daher lieber *alia aditione* leſen. Anton Faber a. a. O. hingegen *alia coactione.* Allein RETES Opuſcul. c. l. hat ſehr richtig bemerkt, daß das Wort *actio* hier nicht für Klage, ſondern für actus genommen werde, und daher keine Aenderung nöthig ſey. Denn darunter iſt ſowohl aditio als coactio begriffen. Daß aber zwiſchen beyden noch ein Unterſchied ſey, hat Faber a. a. O. gezeigt.

54) *L. 45. D. ad SCt. Trebell.*

Frage mit Recht ſo, daß die einmal erzwungene Erbſchaftsantretung auch in Rückſicht der accreſcirten Erbportion, ohne eine neue Handlung, hinreichend ſey. Cum enim ſemel adita eſt hereditas, ſagt **Papinian** an einem andern Orte [55]), omnis defuncti voluntas rata conſtituitur. Man wende nicht ein, da der Erbe die Erbſchaft nicht habe annehmen wollen, ſo könne ſich die Wirkung des Zwanges weiter nicht erſtrecken, als ſo weit derſelbe geſchehen iſt. Der Fiduciar ſey alſo nur in Rückſicht des reſtituirten Erbtheils für einen Erben zu halten, nicht in Anſehung der nachher erſt eröfneten Erbportion. Denn in Abſicht auf die Erwerbung der Erbſchaft iſt zwiſchen einer freywilligen und einer erzwungenen Antretung kein Unterſchied. Der Unterſchied betrifft blos die Vortheile, deren ſich der Fiduciar verluſtig macht, wenn er ſich zur Antretung zwingen läßt. Ihm accreſcirt daher der eröfnete Erbtheil dennoch, auch wider ſeinen Willen, ohne neuen Zwang und Antretung [56]). Allein er darf ihn nicht behalten. Dagegen darf er aber auch wegen erbſchaftlicher Forderungen ganz unbeſorgt ſeyn. Denn hat einmal der Fiduciar die Erbſchaft gezwungen angetreten, ſo erwirbt er auch den accreſcirten Erbtheil nicht anders, als wider ſeinen Willen, und alſo auf die Gefahr des Fideicommiſſars. Der Fideicommiſſar kann daher nun nicht ſagen, er habe den Erben in Anſehung des angewachſenen Erbtheils nicht zur Antretung gezwungen. Er kann ſich alſo unter dieſem Vorwande auch den Laſten deſſelben nicht entziehen. Da nun aber der Fiduciar den ihm accreſcirten Erbtheil nicht

55) *L. 55. §. 2. D. eodem.*

56) *L. 35. pr. D. de acquir. vel omitt. hered.*

nicht behalten darf, ſo entſteht jetzt noch die zweyte Frage, ob eine neue Reſtitution nöthig ſey, wenn derſelbe auf den Fideicommiſſar übergehen ſoll? Papinian entſcheidet dieſe Frage nicht deutlich. Daher ſind die Ausleger hierüber verſchiedener Meinung. Cujaz[57]) glaubt, daß ſie nach dem Geiſt des Geſetzes eben ſo, wie die erſte, zu verneinen ſey, weil dasjenige, was der Erbe verliert, welcher ſich zur Antretung der Erbſchaft zwingen läßt, tacito iure auf den Fideicommiſſar übergehe. Ihm ſtimmt auch Weſtphal[58]) bey. Allein Anton Faber[59]) und Joſeph Fernandez de Retes[60]) behaupten mit mehrerem Grund das Gegentheil. Denn es iſt ein großer Unterſchied zwiſchen der Accretion und der Reſtitution. Erſtere geſchieht ipſo iure, und bedarf daher weder einer Antretung, noch eines Zwanges. Iſt nun auch gleich die Antretung der Erbſchaft an ſich factiſch, ſo iſt doch nur eine Antretung zur Erwerbung der ganzen Erbſchaft hinreichend. Allein die Reſtitution der Erbſchaft iſt blos factiſch, nicht iuris, ſie iſt daher nur inſofern von Wirkung, als ſie wirklich geſchehen iſt[61]). Man kann alſo nicht ſagen, daß derjenige, welcher nur einen Theil der Erbſchaft reſtituirt hat, hierdurch ſchon die ganze Erbſchaft reſtituirt habe. Es wird daher wegen des accreſcirten Erbtheils allerdings eine neue Reſtitution erfordert. Doch iſt hier der Um-

ſtand

57) Obſervat. Lib XII. c. 12. in fine.

58) Hermeneut. ſyſt. Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen. §. 1732.

59) De Errorib. Pragm. Dec. L. Err. 4.

60) Opuſculor. Lib. III. pag. 183.

61) *L. 63. pr. D. ad SCtum Trebell.*

ſtand nicht auſſer Acht zu laſſen, daß der Fiduciar ſich zur Antretung der Erbſchaft zwingen ließ. Hätte er die Erbſchaft freywillig angetreten, ſo würde von einer Abtretung deſſen, was dem Fiduciar noch nach der Reſtitution ſeines Erbtheils vermöge des Accreſcenzrechts anfiel, wohl keine Frage haben entſtehen können, weil ja der Fideicommiſſar in dieſem Falle nicht mehr verlangen kann, als ihm der Erblaſſer hat zuwenden wollen [62]). Eben ſo wenig kann auch nun

II. der Käufer der Erbſchaft von dem Verkäufer derſelben den dieſem erſt nach dem Verkaufe noch accreſcirten Erbtheil des ausfallenden Miterben verlangen. Denn hier kommt es blos auf die Rechte und Verbindlichkeiten unter den Contrahenten an, welche die Natur des Kaufcontracts beſtimmt. Iſt nun auf den Fall einer etwa erfolgenden Accretion nichts ausdrücklich verabredet worden; ſo kann im Zweifel nicht angenommen werden, daß der Miterbe, welcher zur Zeit des geſchehenen Verkaufs weiter nichts, als ſeine Hälfte, hatte, die ganze Erbſchaft habe verkaufen wollen. Dieß iſt der Regel gemäß, welche **Ulpian** *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* giebt, Verius eſt, hoc eſſe ſer-

62) Anderer Meinung ſind zwar PAPILLONIUS de iure accreſcendi (in *Theſ. Otton.* Tom. IV. p. 782.) DUARENUS de iure accreſc. Lib. I. c. 6. VOET Comm. ad Pand T. II. Lib. XXXVI. Tit. 1. §. 38. LYCKLAMA *a Nyholt* Membranar. Lib. VI. Eclog. 10. *Ioſ.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de acquir. vel omitt. hered. P. II. Cap. XI §. 55. und Thibaut Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 844. Allein dieſe Meinung widerlegt ſich nun von ſelbſt. Man ſehe auch WESTPHAL Diſſ. de iure accreſcendi. §. 5. nr. IV. pag. 13.

ſervandum, *quod actum eſt;* plerumque autem hoc agi videtur, *ut quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur veniſſe.* Hierher gehört ferner, was eben dieſer **Ulpian** an einem andern Orte lehrt, *L.* 34. *D. de div. reg. iur.* Semper in ſtipulationibus et in caeteris contractibus id ſequimur, *quod actum eſt,* et ſi non appareat, quid actum ſit, ad id, *quod minimum eſt*, redigenda ſumma eſt. Dieſem iſt keinesweges entgegen, was eben dieſer Rechtsgelehrte *L.* 2. *pr. D. h. t.* ſagt: *Venditor hereditatis* ſatisdare de evictione non tenetur, cum inter ementem et vendentem id agatur, *ut neque amplius, neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem futurum eſſet.* Denn dieſes geht offenbar auf den Fall, da ein Univerſalerbe die ihm angefallene Erbſchaft verkauft hat. Der Grund der Entſcheidung iſt hier nicht, weil der Erbe ſein Erbrecht ſelbſt veräuſſert habe, denn dieſes iſt an ſich unveräuſſerlich; ſondern weil hier der ganze Inbegriff von erbſchaftlichen Rechten und Verbindlichkeiten den Gegenſtand des geſchloſſenen Kaufs ausmacht. Es kann daher dieſe Entſcheidung unſerer Meinung nicht entgegen ſtehen, da hier von keinem Accreſcenzrecht die Frage ſeyn kann. Ein Gleiches gilt von der *L.* 2. §. 4. *D. eodem*, wo **Ulpian** ſagt: Non tantum autem, quod ad *venditorem hereditatis* iam pervenit, ſed et, *quod quandoque pervenerit*, reſtituendum eſt. Auch hier iſt von dem Verkaufe einer ganzen Erbſchaft die Rede. Es läßt ſich daher dieſe Stelle auf den Fall, da ein Miterbe ſeinen Erbtheil verkauft, ehe noch der Fall der Accretion eingetreten war, um ſo weniger anwenden, da ein Inbegriff gewiſſer Sachen, nicht aber eine bloße Hofnung der Erbſchaft, den Gegenſtand des Con-

Contracts ausmacht. Nun war die nachher noch angewachſene Erbportion des ausfallenden Miterben zur Zeit des geſchloſſenen Contracts nur noch zu hoffen, mithin als ein noch ungewiſſer Gewinn anzuſehen, ſie kann alſo auch unter dem Kaufe nicht mit begriffen ſeyn. Sollte freylich dem Verkäufer nachher noch Etwas zufallen, was ſchon zur Zeit des Verkaufs als zu dem verkauften Erbtheil gehörig angeſehen werden konnte; z. B. es wird eine unbekannte Activſchuld noch nachher heimgezahlt; ſo kann mit Recht der Käufer ſeinen Antheil davon fordern.

II. Der Käufer der Erbſchaft muß dagegen nicht nur, wie jeder andere Käufer, das bedungene Kaufgeld bezahlen, ſondern er darf ſich auch, da er in Rückſicht des Umfangs der durch den Kauf erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten als Erbe angeſehen wird, den Beſchwerden und Pflichten eines Erben nicht entziehen. Der Käufer iſt daher

1) dem Verkäufer zur Bezahlung der Schulden des Erblaſſers verpflichtet, und dieſer kann ſogar alles, was ihm der Erblaſſer ſelbſt ſchuldig war, fordern. Denn wenn der Erbe die Erbſchaft verkauft, ſo wacht dadurch die wegen der durch Antretung der Erbſchaft entſtandenen Confuſion erloſchene Forderung des Erben an den Erblaſſer wieder auf, wie Ulpian *L.* 2. §. 18. *D. h. t.* lehrt, wenn er ſagt: Cum quis debitori ſuo heres extitit, *confuſione* creditor eſſe deſinit. Sed ſi vendidit hereditatem, aequiſſimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere: *et idcirco teneri venditori hereditatis*, ſive, cum moritur, teſtator debuit, quamvis

 poſt

poſt mortem debere deſiit, adita a venditore hereditate; ſive quid in diem debeatur; ſive ſub conditione, et poſtea conditio extitiſſet: ita tamen, ſi eius debiti adverſus heredem actio eſſe poterat, ne forte etiam ex his cauſis, ex quibus cum herede actio non eſt, cum emtore agatur. **Ulpian** ſetzt jedoch hier billig voraus, daß die Forderung des Verkäufers an den Erblaſſer eine rechtlich gegründete Forderung ſey, ſo daß er deswegen gegen einen jeden andern Erben mit Wirkung hätte klagen können. Denn hätte der Erblaſſer dagegen gegründete Einreden gehabt, womit jeder andere Erbe ſich hätte ſchützen können, ſo ſtehen dieſe auch dem Käufer der Erbſchaft gegen den Verkäufer zu, damit er nicht deterioris conditionis, als ein wahrer Erbe, ſey. Qui enim in ius alterius ſuccedit, eiusque vicem ſuſtinet, iure eius uti debet [63]). Ein Gleiches gilt in dem Falle, da Servituten, die dem Verkäufer der Erbſchaft auf Grundſtücken des Erblaſſers zuſtanden, durch Confuſion erloſchen waren. Auch hier kann der Verkäufer gegen den Käufer der Erbſchaft ex vendito auf Reſtitution derſelben klagen, wie ebenfalls **Ulpian** in dem angeführten Geſetz §. 19. ſagt: Et ſi ſervitutes amiſit heres inſtitutus, adita hereditate, *ex vendito* poterit experiri adverſus emtorem, ut ſervitutes ei reſtituantur. Hiermit ſtimmt auch **Pomponius** überein, wenn er *L. 9. D. Communia praedior.* ſagt: Si ei, cuius praedium mihi ſerviebat, heres extiti, et eam hereditatem tibi vendidi, reſtitui in priſtinum ſtatum ſervitus debet: *quia id agitur, ut quaſi*

63) *L. 177. pr. D. de div. reg. iur.* S. *Ant.* FABRI Rational. ad L. 2. §. 18. D. h. t.

quaſi tu heres videaris extitiſſe. Es kann ſich der Fall ereignen, daß der Verkäufer der Erbſchaft nachher des Käufers Erbe wird, und dann deſſelben Erbſchaft wieder an einen Dritten verkauft. Hier entſteht nun die Frage, ob der Verkäufer, der noch aus dem Verkaufe der erſten Erbſchaft an den Käufer derſelben Forderungen hatte, deshalb gegen den Dritten klagen könne, an welchen er deſſelben Erbſchaft wieder verkauft hat? Die actio venditi, welche dem Verkäufer gegen den erſten Käufer zuſtand, iſt zwar freylich durch die Antretung der Erbſchaft deſſelben erloſchen. Allein dieſes hindert nicht, daß der Verkäufer dennoch ex vendito gegen den zweyten Käufer auf Leiſtung deſſen klagen könne, was dieſer hätte leiſten müſſen, wenn er ſelbſt Erbe des erſten Käufers geworden wäre, oder was der Verkäufer von jedem andern Erben deſſelben hätte fordern können. Denn der Käufer einer Erbſchaft vertritt ja die Stelle des Erben. Die Klage gegen den zweyten Käufer iſt alſo hier nicht die dem Verkäufer gegen den erſten Käufer zuſtändig geweſene Klage. Denn dieſe iſt durch die Antretung ſeiner Erbſchaft erloſchen. Es iſt vielmehr eine an die Stelle der erſtern getretene neue Klage. So entſcheidet Ulpian, geſtützt auf die Auctorität des Julians, wenn er *L.* 2. §. 15. *D. h. t.* ſagt: Si Titius Maevii hereditatem Sejo vendiderit, et a Sejo heres inſtitutus eam hereditatem Attio vendiderit: an ex priore venditione hereditatis cum Attio agi poſſit? Et ait IULIANUS, quod venditor hereditatis petere a quolibet extraneo herede potuiſſet, id ab hereditatis emtore conſequatur. Et certe ſi Sejo alius heres extitiſſet, quidquid venditor Maevianae hereditatis nomine praeſtitiſſet, id ex vendito actio-

actione conſequi ab eo potuiſſet[64]). Hat der Verkäufer blos ſeinen Erbtheil verkauft, er hatte aber, ehe noch die übrigen Miterben die Erbſchaft angetreten hatten eine Schuld des Erblaſſers in ſolidum bezahlen müſſen, weil eine Strafe dabey bedungen war[65]); ſo kann er von dem Käufer der Erbſchaft mit der actio venditi verlangen, daß er ihm die bezahlte ganze Geldſumme wieder erſtatte, wenn er von den übrigen Miterben, wegen Inſolvenz derſelben, mit der actio familiae erciſcundae keinen Erſatz erhalten konnte[66]).

2) Der Käufer der Erbſchaft iſt ferner zur Bezahlung der Vermächtniſſe verpflichtet; ja er muß auch ſogar alsdann, wenn der Verkäufer eines Legatars Erbe geworden wäre, das Vermächtniß demſelben ſo gut, wie jedem andern Legatar, bezahlen. Merkwürdig iſt folgende Geſetzſtelle. *L.* 24. *D. h. t.* Hereditatem Cornelii vendidiſti. Deinde Attius, cui a te herede Cornelius legaverat,

64) Man ſehe über dieſe *L.* 2. *§.* 15. *D. h. t. Ant.* FABRI Rational. in Pand. und Weſtphal vom Kaufe. §. 864.

65) *L.* 25. *§.* 13. *D. Famil. erciſc. L.* 5. *§. ult. L.* 85. *§.* 6. *D. de Verbor. obligat.*

66) *L.* 18. *D. de hered. vel act. vend.* Si ex pluribus heredibus unus, antequam caeteri adirent hereditatem, pecuniam, quae ſub poena debebatur a teſtatore, omnem ſolverit, et hereditatem vendiderit, nec a coheredibus ſuis propter egeſtatem eorum quicquam ſervare poterit: cum emtore hereditatis vel ex ſtipulatu vel ex vendito recte experietur: omnem enim pecuniam hereditario nomine datam, eo manifeſtius eſt, quod in iudicio familiae erciſcundae deducitur: per quod nihil amplius unusquisque a coheredibus ſuis conſequi poteſt, quam quod tanquam heres impenderit. S. Weſtphal §. 854.

verat, prius, quam legatum ab emtore perciperet, te fecit heredem. Recte puto ex vendito te actuturum, ut tibi praeſtetur: quia ideo [67]) eo minus hereditas venierit, ut id legatum praeſtaret emtor: nec quicquam interſit, utrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita ſit, an legatario [68]). Der Käufer muß endlich

3) den

67) Statt *quia ideo eo minus* lieſet Haloander quando eo minus. Baudoza quo ideo minoris. Unſer Erlanger Codex ſtimmt mit der Florentiniſchen Leſeart überein. Der Sinn der Worte iſt immer der nämliche. Labeo führt hier zwey Gründe an, warum der Verkäufer der Erbſchaft, als Erbe des Legatars, gegen den Käufer derſelben auf die Bezahlung des Vermächtniſſes klagen könne. Der eine Grund, der in dieſen Worten ausgedruckt iſt, beſteht darin, weil der Käufer wegen des von der Erbſchaft zu entrichtenden Vermächtniſſes dem Verkäufer einen deſto geringeren Preis für die Erbſchaft bezahlt hat. Daher iſt es billig, und der ſtillſchweigenden Intention der Contrahenten gemäß, daß der Käufer dieſes Legat jetzt auch dem Erben des Legatars präſtire. S. *Corn. van* BYNKERSHOEK Obſervat. iuris Rom. Lib. VI. cap. 6.

68) Bey dieſen Worten finden die Ausleger Schwierigkeiten. Sie ſollen auf den hier entſchiedenen Fall nicht recht paſſen. Denn *Attius* war ja ſelbſt der Legatar. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. will daher ſtatt an legatario, leſen *an* ALII *legatario.* Dieſer Leſeart ſtimmt auch *Herm.* CANNEGIETER Obſervation. iuris Rom. Lib. III. cap. 6. pag 256. bey. Allein *Corn. van* BYNKERSHOEK c. l. verwirft ſie geradezu. Er ſagt, der Sinn dieſer Worte, welche den andern Entſcheidungsgrund enthalten, ſey der: daß es auch dem Käufer der Erbſchaft nichts verſchlagen könne, ob er dem Attius das Legat bezahlt, oder dem Verkäufer, welcher deſſelben Erbe geworden iſt. Dieſen Sinn werde man erhalten, wenn man ſtatt *Attio*

3) den Verkäufer auch wegen des übrigen Aufwandes entſchädigen, den er der Erbſchaft wegen gehabt hat. Dahin gehören z. B. die auf das Begräbniß des Verſtorbenen verwendeten Koſten, ferner was der Verkäufer, als Erbe, von öffentlichen Abgaben entrichtet hat, welche auf den erbſchaftlichen Grundſtücken haften. Ja auch ſogar dasjenige, was zwar der Verkäufer noch nicht bezahlt hat, allein noch der Erbſchaft wegen bezahlen muß, kann er von dem Käufer fordern. L. 2. §. 11. *D. h. t.* Sive ipſe venditor dederit aliquid pro hereditate, ſive procurator eius, ſive alius quis pro eo, dum negotium eius gerit: locus erit ex vendito actioni: dummodo aliquid abſit venditori hereditatis. *L.* 2. §. 16. *D. eodem.* Si quid publici vectigalis nomine praeſtiterit ven-

vielmehr *tibi* lieſet, und die Worte auf folgende Art verſetzt: *nec quicquam interſit, utrum tibi, an legatario, qui te heredem fecerit, pecunia debita ſit.* Allein hier iſt die eine Emendation violenter, als die andere. Mir ſcheint daher noch immer die Erklärung des Accurſius, welcher auch POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XVI. not. h. beyſtimmt, die beſte zu ſeyn, welcher die Worte ſo verſteht: *nihil intereſſe, utrum Attio pecunia debeatur, ut creditori ex contractu, an ut legatario.* Daß das Nämliche auch bey dem Erben des Legatars Rechtens ſey, bedurfte keiner beſondern Erwähnung, ſondern iſt ſtillſchweigend durch die Worte: *qui te heredem fecerit*, angedeutet. Bynkershök ſelbſt hält dieſe Erklärung für gar nicht unrichtig. Er glaubt aber doch, daß man, zur Unterſtützung derſelben, mit Anwendung der Regel der Gemination, ſo leſen müſſe: *Utrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita ſit, an* LEGATA*rio*, hoc eſt, *legata legatario.* Eben den Sinn, ſagt er, werde man erhalten, wenn man ſtatt *legatario* auch legata lieſet.

venditor hereditatis: conſequens erit dicere, agnoſcere emtorem ei hoc debere. Namque hereditaria onera etiam haec ſunt. Et ſi forte tributorum nomine aliquid dependat, idem erit dicendum. *L.* 2. §. 18. *D. eod.* Quodſi funere facto, heres vendidiſſet hereditatem: an impenſam funeris ab emtore conſequatur? Et ait LABEO, emtorem impenſam funeris praeſtare debere: quia et ea, inquit, impenſa hereditaria eſt. Cuius ſententiam et JAVOLENUS putat veram, et ego arbitror. *L.* 2. §. 10. *D. eod.* Sed et ſi quid venditor nondum praeſtiterit, ſed quoquo nomine obligatus ſit propter hereditatem, nihilominus agere poteſt cum emtore.

§. 1015.

3) Rechte und Verbindlichkeiten des Verkäufers und Käufers der Erbſchaft in Rückſicht dritter Perſonen.

In Anſehung eines jeden Dritten hingegen behält I) der Verkäufer der Erbſchaft noch immer alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Erben. Denn der Charakter eines Erben, welcher die Erbſchaft einmal angenommen hat, iſt unauslöſchlich. Der Verkäufer kann daher 1) noch die directe Erbſchaftsklage gegen den dritten Beſitzer der Erbſchaft anſtellen [69]). Er kann 2) erbſchaftliche Schulden beytreiben [70]); nicht minder 3) andere Kla-

69) HUBER Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. und SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 3.

70) Wenn jedoch der Käufer der Erbſchaft einem Schuldner des Erblaſſers die Schuld erlaſſen hat, und der Verkäufer klagt dennoch die Schuld ein, ſo ſteht ihm die exceptio doli im Wege

Klagen, die dem Erblaſſer zuſtanden, als Repräſentant deſſelben, anſtellen, nur muß er freylich das, was er durch dieſe Klagen erhalten hat, dem Käufer der Erbſchaft herausgeben [71]). Dahingegen können aber auch 4) ſowohl die Legatarien und Fideicommiſſarien, als auch die Erbſchaftsgläubiger und alle andere, welche an den Erblaſſer oder deſſelben Verlaſſenſchaft Anſprüche haben, den Erben, auch nach dem Verkaufe der Erbſchaft, noch eben ſo belangen, als wenn er die Erbſchaft noch beſäße. Denn es tritt hier auch die Regel ein, daß der Schuldner ſich keinen Andern ſubſtituiren kann [72]). Der Verkäufer kann in dieſem Falle blos ſeinen Regreß wegen der Entſchädigung gegen den Käufer nehmen [73]). Ja es können nicht einmal die Gläubiger den Käufer der Erbſchaft wider deſſen Willen belangen, wenn gleich der Verkäufer mit dem Käufer ausdrücklich ausgemacht hätte, daß er die Gläubiger

Wege. *L. 16. pr. D. de pactis.* Auch können die Erbſchaftsſchuldner dem Verkäufer nicht mehr mit Sicherheit zahlen, wenn ihnen der Verkauf der Erbſchaft von dem Käufer derſelben war bekannt gemacht worden. *L. 3. Cod. de novat.* S. *Ant.* FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 6.

71) S. GÜNTHER Principia iuris Rom priv. noviſſ. Tom. II. §. 976. nr. II.

72) *L. 25. Cod. de pactis.* Debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari poteſt. S. Thibaut Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 736. S. 164.

73) *L. 2. Cod. de legat.* Quamvis heres inſtitutus hereditatem vendiderit, tamen legata et fideicommiſſa ab eo peti poſſunt: et *quod eo nomine datum fuerit, venditor ab emtore vel fideiuſſoribus eius petere poterit.* Mehrere Stellen ſind ſchon oben vorgekommen. Man vergleiche *L. 2. §. 13. et §. ult. D. h. t.*

biger der Erbſchaft befriedigen ſolle. Denn der Käufer hat ſich dadurch ihnen nicht verbindlich gemacht, ſondern ſich blos dem Verkäufer verpflichtet. Die Gläubiger haben daher auch aus dieſem Vertrage kein Recht erworben. Alles dieſes beſtätiget folgende Hauptſtelle.

L. 2. Cod. h. t. Ratio iuris poſtulat, *ut creditoribus hereditariis, et legatariis ſeu fideicommiſſariis, te convenire volentibus, tu reſpondeas: et cum eo, cui hereditatem venundediſti, tu experiaris ſuo ordine* [74]). Nam ut ſatis tibi detur, sero deſideras: quoniam eo tempore, quo venundabatur hereditas, hoc non eſt comprehenſum [75]). Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis ſatisfaciat: *excipere tamen actiones hereditarias* INVITUS *cogi non poteſt.*

Läßt ſich jedoch der Käufer auf die wider ihn angeſtellten erbſchaftlichen Klagen dennoch freywillig ein; und war-

74) Dem Verkäufer der Erbſchaft ſteht deswegen die *actio venditi*, oder auch, wenn der Verkauf, interpoſitis ſtipulationibus emtae et venditae hereditatis, iſt geſchloſſen worden, die *actio ex ſtipulatu* zu. *L. 18. D. h. t.*.

75) Hat ſich alſo der Verkäufer, wegen ſeiner Entſchädigung in Anſehung deſſen, was er etwa noch als Erbe zu leiſten haben würde, nicht gleich anfangs bey Schließung des Contracts Bürgſchaft leiſten laſſen, ſo kann er nachher dergleichen Sicherheit nicht weiter fordern. Denn es fällt ihm zur Laſt, daß er ſich nicht beſſer vorgeſehen hat. Dieſem iſt *L. 41. D. de iudiciis* nicht entgegen. Denn ſie redet von dem Falle, cum nondum dies praeſtandae pecuniae venit, und gehört alſo, wie *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. ſchon bemerkt hat, gar nicht hierher. Man ſehe auch *Iac.* CUJACII Obſervat. Lib. XVII. cap. 37.

warum ſollte er ſich hierin ſeines Rechts nicht begeben können? ſo iſt von nun an der Verkäufer den Gläubigern gar nicht weiter verbunden [76]). Denn die Gläubiger haben dadurch, daß ſie den Käufer der Erbſchaft belangen, gleichſam ſtillſchweigend mit ihm paciſcirt, daß ſie von dem Verkäufer nichts weiter fordern wollen. Er kann ihnen daher, wenn ſie nachher dennoch ihren Regreß gegen ihn nehmen ſollten, die exceptio pacti taciti mit Recht entgegenſetzen, wie folgende Geſetzſtelle beſtärkt.

L. 2. Cod. de pactis. Poſt venditionem hereditatis a te factam, ſi creditores contra emtores actiones ſuas moviſſe probare poteris, eosque eas ſpontanea voluntate ſuſcepiſſe: *exceptione taciti pacti* non inutiliter defenderis [77]).

Das

76) S. *Paul.* MOUNIER Diſſ. ad Legem II. Cod. de hered. vel act. vend. *Lugd. Batavor. 1786.* Cap. IV. § 4. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. und Weſtphal vom Kauf §. 866.

77) *Ger.* NOODT in libro ſing. ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus. Cap. 2. §. *Quintum* etc. (*Operum* Tom. I. pag 489) wo er dieſes Geſetz erklärt, ſetzt den Grund dieſer Einrede, welche dem Verkäufer der Erbſchaft in dem Falle, von welchem das Geſetz redet, zuſteht, in der Regel, welche Paulus *L. 21. §. ult. D. de pactis* giebt, nämlich daß die pacta in rem allen denen ein Recht geben, deren Befreyung von der Verbindlichkeit dem Paciſcenten ſelbſt nützlich iſt. Dies iſt nun allerdings hier der Fall. Denn käme das pactum tacitum, welches hier zwiſchen dem Käufer der Erbſchaft und den Gläubigern derſelben geſchloſſen wird, dem Verkäufer nicht zu ſtatten, ſo würde derſelbe, wenn er von den Gläubigern noch belangt werden könnte, und er dieſelben hätte befriedigen müſſen, ſeinen Regreß gegen den Käufer nehmen.

Das hier eintretende Rechtsverhältniß iſt alſo ganz von dem verſchieden, welches aus der Reſtitution einer fideicommiſſariſchen Erbſchaft entſteht. Der Fiduciar kann von dem Augenblicke an, da er die Erbſchaft abgeliefert hat, weder erbſchaftliche Klagen erheben, noch von den Gläubigern der Erbſchaft weiter belangt werden. Denn ihm würde in jenem Falle eben ſowohl die exceptio reſtitutae hereditatis entgegenſtehen, als er ſich in dieſem ſelbſt damit ſchützen kann. Das Trebellianiſche Senatusconſult, auf deſſen Auctorität ſich dieſer Unterſchied gründet, hat hierdurch ſowohl für die Sicherheit des Erben, damit er nicht aus Furcht vor nachtheiligen Folgen die Erbſchaftsantretung verweigern möchte, als für den Nutzen des Fideicommiſſars, damit derſelbe, auf deſſen Gefahr die Erbſchaft angetreten wurde, den Vortheil hätte, die erbſchaftlichen Schulden ſelbſt mit Wirkung beytreiben zu können, ſehr weislich geſorgt[78]).

Es giebt indeſſen auch beym Verkaufe einer Erbſchaft Fälle, wo jene Regel Ausnahmen leidet. Denn einmal hat der Fiscus das Vorrecht, daß wenn in ſeinem Namen eine Erbſchaft verkauft worden iſt, alle auf der Erbſchoft haftenden Schulden und Laſten dergeſtalt auf den Käufer übertragen werden, daß dieſer geradezu in Anſpruch genommen werden kann, und muß, weil gegen den Fiscus keine weiteren Klagen Statt finden[79]). Aes alienum,

78) S. *L. 1. §. 2. et 4. D. Ad SCt. Trebell.* und *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 4. pag. 376.

79) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Eſt et alia.* T. II. *Operum* pag. 405. und *Hug.* DONELLUS Comment. ad L. 1. Cod. h. t. (in *Recitat. ad libr. IV. Cod.*)

num, ſo reſcribiren die Kaiſer Sever und Antonin *L. 1. Cod. h. t.* hereditate nomine fiſci vendita, ad onus emtoris bonorum pertinere, nec fiſcum creditoribus hereditariis reſpondere, certum et abſolutum eſt [80]). Sodann geſtattet die heutige Praxis auch bey einem Privatverkaufe der Billigkeit wegen eine ſubſidiariſche Klage gegen den Käufer in dem Falle, wenn der Verkäufer inſolvent ſeyn ſollte [81]).

II. Auch der Käufer der Erbſchaft kann ſich, da er an die Stelle des Erben tritt, der Klagen, die dem Verkäufer, als Erben, direct zuſtehen, utiliter bedienen. So kommt ihm nicht nur die hereditatis petitio utilis zu, wenn ſich die ihm verkaufte Erbſchaft in fremden Händen befinden ſollte [82]), ſondern es werden ihm auch gegen die Schuldner des Erblaſſers actiones utiles geſtattet. Ehemals war zwar dazu ein Mandat von Seiten

80) Dieſe Verordnung iſt keinesweges durch die *L. ult. Cod. de quadrien. praeſcript.* abgeändert worden, wie *Io. Iac.* WISSENBACH in Commentat. in libros VII. prior. Cod. ad L. 1. Cod. h. t. pag. 310 irrig behauptet. Denn die *L. ult. Cod. cit.* redet blos von dem Falle, da die vom Fiskus geſchehene Veräuſſerung von einem Dritten in Anſpruch genommen wird. Hier kann der Käufer den Kläger an den Fiscus weiſen, um die Sache mit dieſem auszumachen. S. Weſtphals Syſtem des R. R. über die Arten der Sachen. §. 899.

81) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 75. und HOFACKER Princip. iuris civ. R. G Tom. III. §. 1943.

82) *L. 54. pr. D. de hered. petit.* Weſtphals Syſtem. Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröfnung der Teſtamente. §. 359.

ten des Verkäufers erforderlich; allein da eine ſolche Vollmacht nicht immer zu erhalten war, und auch in mehreren Fällen unwirkſam wurde; ſo erlaubte zuerſt der Kaiſer **Antoninus Pius** den Käufern der Erbſchaften, auch ohne Ceſſion, gegen die Schuldner der Erbſchaft actiones utiles anſtellen zu können. Es gehören hierher folgende merkwürdige Geſetzſtellen.

L. 16. pr. D. de pact. Si cum emtore hereditatis pactum ſit factum, et venditor hereditatis petat: doli exceptio nocet. *Nam ex quo reſcriptum eſt a* DIVO PIO, *utiles actiones emtori hereditatis dandas*, merito adverſus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti poteſt.

L. 5. Cod. h. t. Emtor hereditatis, *actionibus mandatis*, eo iure uti debet, quo is, cuius perſona fungitur: *quamvis utiles etiam adverſus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit.*

Jedoch iſt zwiſchen der actio mandata und utilis in Abſicht auf die Wirkung derſelben kein Unterſchied [83]).

§. 1016.

II. Verkauf der Klagen. 1) Welche Klagen ſind ein Gegenſtand des Kaufs?

Eben ſo, wie Erbſchaften, können auch II. Klagen ein Gegenſtand des Kaufs ſeyn [84]). Dieß geſchieht, wenn

83) *L. 47. §. 1. D. de negot. geſt. L. 8. Cod. h. t.* S. *Chriſt. Frid.* MÜHLENBRUCH Commentat. de iure eius, cui actionibus ceſſit creditor. *Roſtochii 1813.* 4. Cap. I. §. 3. et 6.

84) S. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diſſ. ad Tit. Dig. de hereditate vel actione vendita (in *Collect. Diſputat.* Vol. II. Nr. 153.)

wenn man das Recht, einen gewiſſen Anſpruch, den man an einer Sache hat, vor Gericht geltend zu machen, oder eine Forderung, die man an einen Schuldner hat, vor Gericht einzuklagen, auf einen Andern dergeſtalt überträgt, daß er das übertragene Recht nicht an Zahlungs ſtatt erhalten, ſondern einen in Gelde beſtehenden Preis dafür bezahlen ſoll[85]). Es können daher Klagen ohne Unterſchied verkauft werden, ſie mögen dingliche oder perſönlich ſeyn, die Forderung, die ſie betreffen, mag ſchon exigible ſeyn, oder noch von dem Ausgange einer Bedingung, oder von dem Ablaufe einer beſtimmten Zeit abhangen. Dieß alles iſt nach dem neuern Rechte keinem Zweifel unterworffen.

L. 9. Cod. h. t. Certi et indubitati iuris eſt, ad ſimilitudinem eius, qui *perſonalem* redemerit *actionem*, et utiliter eam movere ſuo nomine conceditur, etiam eum, qui *in rem actionem* comparaverit, eadem uti poſſe facultate[86]). Cum enim *actionis* nomen generale

85) *L. 5. §. 2. D. Quib. mod. pignus ſolv. §. 2. I. de reb. corp. et incorp. Pr. I. de action.* S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Altera.* Tom. II. *Oper.* p. 406. und *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 17.

86) Actiones in rem directae können zwar nur demjenigen zuſtehen, welcher ein dingliches Recht hat. *L. 23. D. de rei vindic.* Durch den Verkauf der Klage wird aber das Eigenthum des Gegenſtandes derſelben nicht erworben. *L. 8. Cod. h. t.* Allein actiones in rem utiles können auch einem Nichteigenthümer zuſtehen. Dies iſt der Grund, warum auch Realklagen verkauft werden können. Nämlich der Käufer ſtellt gegen den Beſitzer die actio in rem utilis an. Alſo in Abſicht auf actiones utiles iſt kein Unterſchied zwiſchen dinglichen und perſönlichen Kla-

rale ſit omnium ſive *in rem* ſive *in perſonam actionum*, et apud omnes veteris iuris conditores hoc nomen in omnibus pateat: nihil eſt tale, *quod differentiam in huiusmodi utilibus actionibus poſſit introducere.*

L. 17. *D. de hered. vel act. vend.* Nomina eorum, *qui ſub conditione, vel in diem debent*, et emere et vendere ſolemus: ea enim res eſt, quae emi et venire poteſt [87]).

Die

Klagen. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. und WISSENBACH Commentat. in Cod. ad h. L.

87) Man verwechſele jedoch nicht den Verkauf einer bedingten Forderung, mit dem bedingten Verkaufe einer unbedingten Forderung. Denn in dem letztern Falle gilt der Kauf nicht eher, als wenn die Bedingung exiſtirt. Er iſt alſo null, wenn die Bedingung nicht in Erfüllung geht. *L.* 37. *in fin. D. de contrah. emt.* In dem erſten Fall hingegen iſt der Kauf an ſich gleich gültig. Denn auch eine bloße Hofnung kann der Gegenſtand eines Kaufs ſeyn. *L.* 8. *§.* 1. *D. eodem.* und dann geht ja auch eine bedingte Forderung auf die Erben über. *§.* 4. *I. de verbor. obligat.* Daher ſagt Ulpian *L.* 42. *pr. D. de obligat. et act.* mit Recht: Eum, qui ſtipulatus eſt, placet etiam pendente conditione *creditorem* eſſe. Der Gläubiger kann nur aber freylich vor der Erfüllung der Bedingung nicht gegen den Schuldner klagen. *L.* 213. *D. de Verbor. Signif.* Wohl aber kann der Käufer, ehe noch die Bedingung exiſtirt, nach *L.* 19. *D. de hered. vel act. vend.* gegen den Verkäufer ex emto klagen, daß er den Schuldner (durch die Form der Acceptilation) ſeiner Verbindlichkeit entlaſſe, z. B. wenn er die Abſicht hat, dem Schuldner damit ein Geſchenk zu machen. *L.* 19. ſagt nemlich: Multum intereſt, *ſub conditione aliqua obligatio veneat*, an, *cum ipſa obligatio ſub conditione ſit, pure veneat.* Priore caſu, deficiente conditione, nullam eſſe venditionem:

Die Klagen müſſen nur einen der Privat-Diſpoſition unterworffenen Gegenſtand betreffen, und an ſich keinen ganz perſönlichen Grund haben. Daher können 1) ſolche Klagen nicht verkauft werden, welche das Recht der Privatperſonen gar nicht betreffen; z. B. Criminalklagen, die blos auf eine öffentliche Beſtrafung des Verbrechers gehen [88]). Dahingegen können Klagen aus Verbrechen, in ſofern ſie blos die Privatgenugthuung des Klägers betreffen, welche ihm aus dem Vermögen des Beklagten zu leiſten iſt, ohne Bedenken verkauft werden [89]). 2) Auch ſolche Klagen können nicht auf andere durch Verkauf übertragen werden, welche eine gewiſſe perſönliche Eigenſchaft auf Seiten des Klägers vorausſetzen, oder ſonſt ein ganz perſönliches Fundament haben. Dahin gehören z. B.

tionem: poſteriore, ſtatim venditionem conſiſtere. Nam ſi Titius tibi decem ſub conditione debeat, et eius abs te nomen emam, *confeſtim ex emto vendito agere potero, ut vel acceptum ei facias.* Der Zweck iſt alſo hier Befreyung des Schuldners, nicht aber, wie Weſtphal vom Kaufe §. 827. a. E. glaubt, Verweiſung des Schuldners an den Käufer. Wie könnte der Käufer dieſen Zweck erreichen? Hörte die Verbindlichkeit des Schuldners auf, ſo würde ja auch ſein eigenes Recht aufhören, wie auch ſchon Geſterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifswalde 1812. §. 12. Not. 3. S. 82 gegen Weſtphal erinnert hat.

88) *L. 13. §. 1. D. de public. iud. L. 9. §. 5. D. de publican. et vectigal. L. 7. §. 14. L. 27. §. 4. D. de pact.* S. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. Nr. 7. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1945.

89) *L. 11. et 12. pr. D. de Verb. Signif. L. 14. pr. D. de furt. L. 31. pr. D. de act. emti et vend. L. 7. §. 1. D. Commodati.* S. HOFACKER c. l. §. 1945. pr.

z. B. manche Retractsklagen [90]); ferner Injurienklagen [91]), und die ſogenannten actiones meram vindictam ſpirantes [92]). 3) Klagen, welche durch Anſtellung derſelben in einen Prozeß bereits übergegangen ſind, können ebenfalls während des Prozeſſes nicht veräuſſert werden [93]). Dergleichen Veräuſſerung verbieten die Geſetze, damit nicht

90) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. § 31. Man ſehe auch, was von der Ceſſion des Retracts oben §. 996. S. 194. f. vorgekommen iſt.

91) S. *Sam.* STRYK Diſſert. de iuribus et actionibus non ceſſibilibus. Cap. VI. § 6. *Io. a* SANDE Tr. de actionum ceſſione Cap. V. nr. 11. *Io.* BRUNNEMANN Tr. de ceſſione actionum Cap. IV. nr. 57. Viele nehmen jedoch die actio iniuriarum aeſtimatoria aus. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. nr. 4. HOFACKER Princ. iur. civ. T. III. §. 1945. in fin. Thibaut Syſt. des Pand. R. 1. B. §. 77. a. E. Wäre der Injuriant ſchon zu einem Abfindungs-Geldquantum rechtskräftig verurtheilt worden, ſo würde wohl die Abtretung dieſer Forderung kein Bedenken finden. S. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentation. in Pand. h. t. §. 9.

92) Man rechnet vorzüglich hierher die actio revocatoria donationis propter ingratitudinem, und die Querela inofficioſi teſtamenti. S. *Ulr.* HUBER Praelect. in Pand. Lib. XVII. Tit. 1. §. 7. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſ. Decad. LXV. Th. 8. *Sam.* STRYK de iurib. et actionib. non ceſſibilibus Cap. VI. §. 7. et 8. *Chr. Aug.* GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviſſ. T. II. §. 977. Anderer Meinung ſind jedoch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. § 27 et 28. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. nr. 2 et 5. und *Io.* BRUNNEMANN Tr. de ceſſione action. Cap. IV. §. 54.

93) *L. 2. Cod. de litigioſis. L. fin. C. eodem.*

nicht die Lage des Prozeßes zum Nachtheil des Gegners verändert werde [94]). Kann übrigens zwar das Recht ſelbſt, welches durch die Klage verfolgt wird, nicht cedirt werden, weil es von der Perſon des Berechtigten nicht getrennt werden kann; ſo darf man doch wenigſtens die Vortheile deſſelben einem Andern durch Kauf überlaſſen. Dies iſt z. B. der Fall beym Uſusfructus, deſſen Genuß oder Ausübung der Berechtigte, ſo lange er lebt, ohne Zweifel einem Andern überlaſſen kann [95]). Uebrigens iſt noch zu bemerken, daß auch hier, ſo wie in andern Fällen, durch die Urkunde das Object derſelben als Gegenſtand des Vertrags gemeint wird. Wird alſo ein Wechſel oder ſonſt eine Schuldverſchreibung verkauft, ſo iſt die Schuldforderung, worüber das Document lautet, als verkauft anzuſehen.

L. 44. § 5. *D. de legatis I.* Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non ſolum tabulas, argumento eſt *venditio:* nam, cum chirographa veneunt, *nomen veniſſe videtur.*

L. 59. *D. de legatis III.* Qui *chirographum* legat, non tantum de tabulis cogitat, ſed etiam de *actionibus*, qua-

94) STRYK cit. Tract. Cap. VI. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. T. III. Lib. XLIV. Tit. 6. §. 15. Dennoch läßt die heutige Praxis eine Ceſſion der in Streit befangenen Klagen zu. S. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th 5. not. 22. u. *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. V. Obſ. 684.

95) *§. 1, in fin. I. de uſu et habitat. L. 12. §. 2. L. 38. L. 67. D. de Uſufr. L. 8. §. ult. D. de peric. et comm. rei vend.* S. *Henr.* COCCEJI Diſſ. de ceſſione eorum, quae ad heredes non transeunt, et contra. *Francof. ad Viadr. 1709.* Cap. IV. §. 12.

quarum probatio tabulis continetur: appellatione enim *chirographi* uti nos *pro ipſis actionibus* palam eſt, *cum, venditis chirographis*, *intelligimus* NOMEN *veniſſe:* quin etiam, ſi *nomen* quis legaverit, id, *quod in actionibus eſt*, legatum intelligitur.

§. 1017.

Ceſſion der Klagen und Rechte.

Durch den Verkauf einer Klage wird nicht das Object ſelbſt oder deſſelben Eigenthum auf den Käufer übertragen, ſondern nur das Recht, eine Forderung oder einen Anſpruch des Verkäufers gerichtlich zu verfolgen. Da nach der Strenge des ältern Rechts Klagen von der Perſon des Gläubigers nicht getrennt werden konnten, ſo konnte auch eine Forderung nicht leicht von einem Berechtigten auf den andern übergehen[96]). Sollte daher der Käufer die Klage anſtellen, ſo war noch eine beſondere Bevollmächtigung nöthig, und der Käufer mußte denn im Namen des Verkäufers als deſſen Procurator auftreten[97]).

96) Der Grund lag theils in der Natur einer obligatio, welche ſich immer nur auf gewiſſe Perſonen beſchränkt, theils in dem ehemaligen ſtrengen Verhältniß zwiſchen dem Gläubiger und Schuldner. Daher konnte Niemand wider ſeinen Willen gezwungen werden, ſich mit demjenigen in einen Prozeß einzulaſſen, dem er auf keine Weiſe verpflichtet war. S. Hugo Lehrbuch der Geſchichte des Röm Rechts. §. 185. der 4. Auflage und *Chriſt. Frid.* MÜHLENBRUCH Commentat. de iure eius, cui actionibus ceſſit creditor. Sect. I. §. 2. pag. 9. ſqq.

97) Daher werden die Ausdrücke *cedere* und *mandare actionem* actio *mandata* und actio *ceſſa*, als gleichbedeutend genommen. *L. 76. D. de ſolut. L. 1. §. 13. et 14. D. de tut. et ration. diſtrah.*

Eine ſolche Vollmacht, vermöge deren Jemand eine Forderung, die ihm durch Kauf, oder auch auf eine andere Art, z. B. durch Schenkung oder an Zahlungsſtatt überlaſſen worden, Namens des Abtretenden einklagen, und dasjenige, was er von dem Schuldner erhält, behalten ſolle, wird in dem römiſchen Recht *Ceſſio actionis* genennt[98]). Der alte Gläubiger hieß dann *Cedens*, der neue aber, den die Gloſſographen *Ceſſionarius* nennen, wurde procurator in rem ſuam genennt[99]). Die actio ceſſa war demnach die dem Verkäufer zuſtehende actio dire-

diſtrab. *L. 11.* *L. 14. et 21. Cod. de fideiuſſor.* Eine gleiche Bedeutung hat der Ausdruck *praeſtare actionem.* *L. 6. §. ult. D. Nautae caupon.* *L. 2. D. depoſiti.* *L. 31. D. de act. emti et vend.* *L. 38. D. de evict.* *L. 7. D. de obligat. et action.* S. *Iac.* CURTII Εἰκαςῶν ſ. Conjectural. iur. civ. Lib. III. c. 19. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. V. pag. 206.) *Franc.* HOTTOMANNUS Obſervation. iuris Lib. VI. cap. 16. *Caſp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton. Fabrum.* Lib. III. Tract. XXIII. Qu. 3. *Ulr.* HUBER Praelectiones iur. civ. ad Inſtitut. Lib. III. Tit. 27. §. 3. *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XV. cap. 44. §. *Quod ſi quis.* und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 34.

98) *Io. a* SANDE Comm. de actionum ceſſione. *Franequerae 1623.* *Alph. de* OLEA Tr. de ceſſione iurium et actionum. *Genevae 1681.* *Chriſt.* LENZ Tr. de nominibus et actionibus ceſſis. *Lipſiae 1661.* *Io. Dan.* GRUBER Diſſ. de actionibus mandatis. *Halae 1723.* und *Fr. Ge.* ANKELMANN Diſſ. de ceſſione nominis. *Goett. 1791.*

99) *L. 3. §. 5. D. de in rem verſo.* *L. 6. Cod. de obligat. et act.* *L. 1. Cod. de contrario iud. tut.* S. *Hub.* GIPHANII Lecturae Altorfin. ad L. 1. Cod. de oblig. et action. nr. 9. und dieſen Commentar 5. Th. §. 396.

directa. Allein nach dem neuern Recht bedarf es dieſer Ceſſion nicht mehr, der Erwerber der fremden Forderung hat ſtets eine actio utilis in eignem Namen [100]). Dieſe actio utilis, welche der Kaiſer Antoninus Pius zu Gunſten des Käufers einer Erbſchaft aus Gründen der Billigkeit eingeführt hat, hat man auf denjenigen, dem ein nomen verkauft worden, nach dem Beyſpiel desjenigen, dem ein nomen verpfändet worden, ausgedehnt, und es hängt nun der Regel nach ganz von der Willkühr des Erwerbers ab, ob er mittelſt der Ceſſion als Procurator in rem ſuam auftreten, oder die actio utilis in eignem Namen erheben wolle. Alles dieſes beſtätiget die Auctorität folgender Geſetzſtellen.

L. 7. Cod. h. t. Poſtquam eo decurſum eſt, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur: ordinarium viſum eſt, *poſt nominis venditionem* UTILES *emtori* (ſicut reſponſum eſt), *vel* [1]) *ipſi creditori poſtulanti*, dandas actiones.

L. 8. Cod. eodem. Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non tranſit, ſed vel *in rem ſuam procuratore facto*, vel UTILIS, ſecundum ea,

100) *L. 1. et 2. Cod. de obligat. et act. L. 4. Cod. Quae res pignori.* S. dieſen Commentar Th. XV. §. 959. S. 350.

1) Haloander lieſet ſtatt vel, UT. Die Gloſſe bemerkt, daß in einigen Handſchriften VELUT geleſen werde. Dieſe Leſeart billiget auch *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 575. Allein *vel* für VELUT iſt gar nicht ungewöhnlich. S. BRISSON. de Verbor. Signif. voc. *Vel* und Scheller lateiniſch-deutſch. Lexikon voc. *Vel.*

ea, quae pridem conſtituta ſunt, *exemplo creditoris* perſecutio tribuitur.

L. 2. *Cod. de Obligat. et Action.* Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praeceſſerit, nec litis conteſtatio ſubſecuta ſit; UTILEM tamen marito *actionem*, *ad ſimilitudinem eius*, *qui nomen emerit*, dari oportere, ſaepe reſcriptum eſt.

L. fin. Cod. Quando fiſcus vel privatus. In ſolutum nomine dato, non aliter, niſi *mandatis actionibus*, ex perſona ſui debitoris adverſus eius debitores creditor experiri poteſt: *ſuo autem nomine* UTILI ACTIONE *recte utitur.*

L. 18. *Cod. de legatis.* Ex legato nominis, actionibus ab his, qui ſucceſſerunt, non mandatis, *directas* quidem actiones legatarius habere non poteſt: UTILIBUS tamen *ſuo nomine* experietur.

L. 2. *Cod. de contr. iudicio tutelae.* Si non ex propria culpa ſolus pupillae condemnatus es, ſed abſens et indefenſus acquieviſti: cum ex cauſa iudicati ſatisfacere coeperis, *actiones* adverſus contutores tuos *mandari* tibi a pupilla deſiderabis, vel UTILI ACTIONE uteris.

Es erhellet aus dieſen Geſetzſtellen 1) daß jetzt nach der ausgedehnten Auslegung der Verordnung des Kaiſers Pius, durch die neuern Verordnungen ſeiner Nachfolger, in allen den Fällen, wo ſonſt eine Ceſſion der Klage erforderlich war, derjenige, welcher dieſelbe verlangen könnte, auch ohne Ceſſion, ſofort in eignem Na-

men

men actione utili klagen kann [2]). Eine Ausnahme findet jedoch bey der univerſellen Geſellſchaft ſtatt. Hier müſſen noch jetzt die Klagen cedirt werden, wenn auch die zu dem Vermögen des einen oder andern Socius gehörigen nomina gemeinſchaftlich werden ſollen. So lehrt Paulus *L.* 3. *D. pro Socio*: Ea vero, *quae in nominibus erunt*, manent in ſuo ſtatu, ſed *actiones invicem praeſtare debent* [3]). **Gerhard Noodt** [4]) giebt hiervon den Grund an, weil die Verordnung des Kaiſers **Pius** auf dieſen Fall nicht erſtreckt worden ſey, und die Beſcheidenheit der Römiſchen Rechtsgelehrten eine eigenmächtige Ausdehnung ohne legislative Auctorität nicht gewagt habe, da ihnen das ſtrenge Recht entgegen ſtand. Wir überzeugen uns 2) aus jenen Geſetzſtellen, daß zwiſchen der actio ceſſa und utilis, der Wirkung nach, ſo wenig ein Unterſchied Statt habe, als zwiſchen einer actio ceſſa und mandata [5]). **Paulus** beſtärkt dieſes noch mehr, wenn er in

2) S. *Ant.* FABRI Conjectur. iuris civ. Lib. XI. cap. 11. und *Caſp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum c. I. Qu. 2.

3) Eben dieſes bemerkt Marcellus zu Julian *L.* 16. *D. de peculio* in dem Fall, wenn das Peculium eines gemeinſchaftlichen Sklaven in nominibus beſteht. S. HUBER Praelect. ad Inſtitut. Lib. III. Tit. 27. §. 3.

4) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Altera.* pag. 406.

5) S. *Ant.* FABRI Iurisprud. Papinianeae Scientia Tit. I. Princip. II. Illat. 3. pag. 6. ſq. (*Lugduni 1607.*) Anderer Meinung ſind zwar GRUBER in Diſſ. de actionibus mandatis. BOEHMER Iur. Dig. h. t. §. 13. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1947. et 1949. Allein Herr Prof. MÜHLENBRUCH in Commentat. de iure eius, cui actionibus ceſſit creditor. Sect. I. nr. 5. pag. 15. ſqq. hat dieſe Meinung gründlich widerlegt.

in der *L.* 47. §. 1. *D. de negotiis geſtis* ſagt: Nec refert *directa* quis, an *utili actione* agat, vel conveniatur — maxime *cum utraque actio eiusdem poteſtatis eſt, eundemque habet effectum*[6]). Ja Ulpian ſagt ſogar *L.* 55. *D. de procurator.* Procuratore in rem ſuam dato, praeferendum non eſſe dominum procuratori[7]) in litem movendam, vel pecuniam ſuſcipiendam: *Qui enim ſuo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.* 3) Daß die Ceſſion bey der Veräuſſerung der Klagen nicht, wie viele[8]) ſagen, das ſeyn könne, was bey dem Verkauf körperlicher Sachen die Tradition iſt, erſcheint auch nun ganz klar. Denn das Recht, die verkaufte Klage gegen den Schuldner des Verkäufers anzuſtellen, geht gleich nach geſchloſſenem Kaufe durch den bloßen Willen des Verkäufers auf den Käufer über, ohne daß es weiter einer Ceſſion bedarf. Offenbar vermiſcht man hier die alte ceſſio in iure mit der Ceſſion oder dem Mandat der Klagen. Jene war zwar allerdings ein modus acquirendi iuris civilis, und hatte, wie Ulpian[9]) lehrt, auch bey unkörperlichen Dingen, z. B. bey einer hereditas, uſusfructus, tutela legitima ſtatt. Allein daß auch nomina und actio-

6) S. *Ant.* SCHULTING ad *Pauli* Sentent. Recept. Lib. I. Tit. 4. in Iurisprud. Antejuſtin. pag. 228. Not. 22.

7) So iſt, ſtatt *procuratoris*, mit *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. und POTHIER in Pand. Iuſtin. Tom. I. Lib. III. Tit. 3. Nr. L. richtiger zu leſen.

8) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 32. BACHOV ECHT Tr. de actionib. Diſſ. IV. Th. 3. MALBLANC Princip. iuris Rom. T. III. §. 547.

9) *Fragment. Tit. XIX.* §. 11.

actiones hätten in iure cedirt werden können, hat nie einer der Römiſchen Rechtsgelehrten behauptet. **Ulpian** lehrt uns vielmehr das Gegentheil, wenn er [10]) ſagt: Si poſtea, quam adita fuerit hereditas, in iure ceſſa ſit, is, qui ceſſit, permanet heres: et ob id creditoribus defuncti manet obligatus: *debita vero pereunt, id eſt, debitores defuncti liberantur.* Durch die ceſſio in iure hatte ſich nämlich der Cedens von ſeinem Recht gänzlich losgeſagt, und ſolches auf den Ceſſionar übertragen. Allein durch die Antretung der Erbſchaft war zwiſchen dem Erben, und den Schuldnern der Erbſchaft eine obligatio entſtanden, welche nach dem Grundſatz des ältern Civilrechts: obligatio perſonam non egreditur, durch die ceſſio in iure nicht von einem Berechtigten auf den andern übertragen werden konnte. War es nun dennoch geſchehen, ſo wurde zwar der Schuldner von ſeiner Verbindlichkeit befreiet, aber ein Recht ging auf den Ceſſionar nicht über. Es ſollte dieſes nicht gerade eine Strafe für den Gläubiger ſeyn, wie **Johann van de Water** [11]) glaubt, ſondern dieſe Folge lag in der Natur der Ceſſion ſelbſt, wie **Anton Schulting** [12]) richtiger bemerkt hat. Wie läßt ſich alſo wohl mit Grund behaupten, daß an die Stelle jener alten Ceſſio in iure das Mandat bey Klagen, die man einem Andern überläßt, getreten ſey? Eine Uebergabe, oder etwas derſelben Aehnliches iſt hier gar nicht denkbar. Denn das Recht, welches der Erwerber durch

10) Loc. cit. §. 14.

11) Obſervation. iuris Rom. Lib. III. cap. 11. pag. 321. ſqq.

12) Ad *Ulpiani* Fragmenta c. l. not. 49. in *Iurisprud. Antejuſtinian.* pag. 625.

durch den Contract erhält, beſteht hauptſächlich in einem ius exigendi gegen den Schuldner des Veräuſſerers, vermöge deſſen der Erwerber berechtiget iſt, von demſelben beyzutreiben, was dieſer dem erſtern ſchuldig iſt. Ein ſolches Recht, als etwas blos Intelligibles, läßt ſich weder nach der Vernunft, noch nach dem römiſchen Recht tradiren [13]). Wenn nun auch gleich ſonſt bey unkörperlichen Dingen eine Quaſi-Tradition Statt findet, wie z. B. bey Servituten, welche in der Ausübung des ertheilten Rechts von Seiten des Erwerbers, und in der Duldung von Seiten des Conſtituenten beſteht, ſo leidet doch hier die Natur der Sache nicht, dergleichen Quaſi-Tradition als möglich anzunehmen. In actionibus enim cedendis, ſagt Doneau [14]), nullus iſtiusmodi uſus accipientis, nulla cedentis patientia intervenire poteſt; cum actionis uſus inſtituatur cum debitore, cuius nullae ſunt partes in hac ceſſione. Hac de cauſa ex omni datione et ceſſione nominis, quae fit non mandatis actionibus, non aliae transferuntur actiones, quam utiles. Quippe traditionibus et uſucapionibus iure directo res transferuntur. Actionis autem datio nullam traditionem admittit.

Im allgemeinen Sinn wird jedoch jede Uebertragung eines Rechts auf einen Andern Ceſſion genennt. Sie iſt auf Seiten des Cedenten eine Art der Begebung, von Seiten des Ceſſionars aber eine Art der Erwerbung des Rechts, welche eine iuſta cauſa praecedens, einen Rechts-

13) *L. 43. §. 1. D. de acquir. rer. domin.*

14) Commentarior. iuris civ. Lib. XV. cap. 44. §. *Poſtquam*, pag. 836. (edit. Francof. 1626.)

Rechtstitel erfordert, z. B. Kauf, Schenkung, u. dgl. Nach dem ältern Römiſchen Recht, und ehe Juſtinian den Unterſchied zwiſchen dem, was man ex iure Quiritium erworben, und was man nur in bonis hatte, aufhob[15]; mußte die Ceſſion auf eine feyerliche Art vor Gericht geſchehen. Dieſe in iure ceſſio war, wie Ulpian[16]) ſagt, eine communis alienatio et mancipi rerum et nec mancipi; und hatte ſowohl bey körperlichen, als unkörperlichen Sachen Statt[17]). Eigenthum, Uſusfructus[18]), Erbſchaften[19]), ja ſogar die tutela legitima

15) *L. un. Cod. de nudo iure Quirit. toll.*

16) *Fragm.* Tit. XIX. §. 9.

17) ULPIAN. *c. l.* §. *11. et 15.* In Rückſicht der Worte des §. *15* Res autem corporales, quoties ſingulae in iure ceſſae ſunt, transeunt ad eum, cui ceſſa eſt hereditas, halten jedoch viele die gemeine Leſeart für unrichtig. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejuſt. pag. 625. not. 50. verbeſſert ſie folgendermaſſen: Res autem corporales, *quamvis* ſingulae in iure ceſſae *non* ſunt, transeunt ad eum, cui ceſſa eſt hereditas. Denn durch die Ceſſion der Erbſchaft ging auch das Eigenthum der einzelnen zur Erbſchaft gehörigen Sachen ohne eine beſondere Ceſſion auf den Ceſſionar über. *L. 23. pr. D. de acquir. poſſ. L. 1. D. de bon. poſſ.* Dieſer Emendation giebt auch Weſtphal vom Kauf §. 836. Beyfall.

18) Der Proprietar kann ſogar den Uſusfructus, den er ſelbſt nicht hat, auf den Fall der Conſolidation cediren, wie Paulus in ſeinem Buche de iure ſingulari *L. 63. D. de Uſufr.* bemerkt. S. *Fr.* CONRADI Diſſ. ad Iul. Paulum de iure ſingulari. Fragm. II. §. 5.

19) S. CUJACIUS Obſervat. lib. XVIII. cap. 11. und *Io. Melch. Gottl.* BESEKE de alienatione hereditatis Cap. V. §. 64. ſqq. pag. 87.

ma[20]) konnte durch eine *ceſſio in iure* einem Andern überlaſſen werden; und nur wenn dieſe geſchehen war, konnte die Erwerbung nach dem Civilrecht beſtehen. Dieſes hörte jedoch auf, nachdem **Juſtinian** die Subtilität des quiritariſchen Rechts aufhob, und die Ceſſion kann nun ohne alle Feyerlichkeit geſchehen. Die Rechtsgelehrten nennen die jetzt übliche Ceſſion, zum Unterſchiede jener feyerlichen Ceſſio in iure, eine ceſſio ſimplex, ſ. nuda, deren Gegenſtand alle Rechte, ſowohl dingliche als perſönliche ſeyn können, wo keine beſonderen Ausnahmen eintreten[21]). Die Regeln, die man hier zu geben pflegt, ceſſibel iſt, was vererbt, nicht ceſſibel, was nicht vererbt werden kann[22]), ſind, als trüglich, ſchon längſt verworfen worden[23]). Richtig aber

20) Zu Ulpians Zeiten galt jedoch vermöge der *Lex Claudia* nur noch bey der tutela feminarum die Ceſſion. Bey Agnaten war die tutela ceſſitia ganz aufgehoben, wie Ulpian *Fragm. Tit. XI.* §. 8. ſelbſt lehrt. S. SCHULTING Iurispr. Antejuſt. pag. 596. not. 26 et 27.

21) GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. nov. Tom. II. §. 978. Thibaut Syſt. des Pand. R. 1. B. §. 75. Von der Abtretung des Pfandrechts an einen Andern ſiehe Gmelins und Elſäſſers gemeinnützige juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle. IV. B. Nr. XIII. S. 210. ff.

22) S. BRUNNEMANN de ceſſione actionum Cap. IV. nr. 21. BERLICH Concluſ. pract. Part. 2. Concl. 2. nr. 25. CARPZOV Reſp. iur. Lib. IV. Tit. 4. Reſp. 33. nr. 24. und Deſſelb. Iurisprud. for. P. I. Conſt. 28. Def. 95. nr. 6.

23) *Henr.* COCCEJI Diſſ. de ceſſione eorum, quae ad heredes non transeunt, et contra. *Frfti ad Viadr.* 1709. und *Ioach. Heinr. Chriſt.* LUEDERS Diſſ. de iuribus ex ceſſione tam valida

aber iſt es, daß Rechte, welche eine gewiſſe Qualität vorausſetzen, die von der Perſon des Berechtigten nicht zu trennen iſt, nicht cedirt werden können [24]), wie z. B. Erbloſung, perſönlicher Adel, Wohlthat der Competenz, und alle Privilegien, welche nicht auf die Erben überge-hen [25]). Jedoch können zuweilen auch Privilegien und andere Rechte, die mit dem Tode des Berechtigten erlö-ſchen, wenigſtens, ſolange derſelbe lebt, von ihm zur Ausübung an Andere überlaſſen werden, z. B. der Uſus-fructus [26]). Ja man behauptet ſogar, daß auch der Vor-theil der Competenzwohlthat an einen Andern abgetreten werden könne, wenn es nicht unentgeltlich geſchieht [27]).

§. 1018.

Form der Ceſſion. Freywillige und nothwendige Ceſſion.

Die Ceſſion fordert jetzt zu ihrer Form und Gültig-keit weiter nichts, als die Einwilligung der Intereſſenten, nämlich des Cedenten und Ceſſionars, und kann daher ſowohl

lida, quam invalida. Praeſ. *Walt. Vincent* WIESE def. *Roſtochii 1780.* §. 8. — §. 15.

24) *L. 68. D. de div. reg. iur.* S. den 2. Th. dieſes Commen-tars §. 101. S. 6. Nr. 4.

25) *L. 1. §. 2. D. de conſtit. princip.* § 6. *I. de iure nat. gent. et civ. L. 1. §. 1. et 2. D. de iure immunit.* Thibaut Syſt. des Pand. R. 1. B. §. 77. Hufeland Lehrbuch des Civil-rechts 1. B. §. 647.

26) *L. 12. §. 2. L. 67. D. de Uſufructu* verglichen mit §. 3. *I. eodem.* Man ſehe Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 95. Thibaut a. a. O. §. 75.

27) S. *Ge. Andr.* IOACHIM Diſſ. de ceſſione beneficii compe-tentiae. *Lipſiae 1733.* §. 20. et 21.

ſowohl mündlich, als ſchriftlich, ſowohl unter den Gegenwärtigen, als Abweſenden, ſowohl gerichtlich als auſſergerichtlich geſchehen [28]). Wird ein Ceſſionsſchein, wie ſehr oft der Fall iſt, darüber ausgeſtellt, ſo geſchieht es nur um des Beweiſes willen, und zur Legitimation des Ceſſionars [29]. Zu einer Ceſſion kann jedoch Niemand in der Regel wider ſeinen Willen genöthiget werden [30]). Zwey Fälle giebt es indeſſen, wo ſie wegen eines vorhandenen beſondern Verpflichtungsgrundes gefordert werden kann, nämlich a) wenn man durch Abtretung des Rechts ſich dazu verbindlich gemacht hat; und b) wenn man für ſeinen Schuldner von einem Dritten die Bezahlung der Schuld empfieng [31]). Denn auf dieſen Fall geht die Verordnung des Kaiſers Pius nicht, und iſt auch durch keine neuere Verordnung darauf erſtreckt worden, weil immer ein Vertrag vorausgeſetzt wird, welcher die Eigenſchaften eines zur Uebertragung eines Rechts geſchickten Titels hat. Dieſe Eigenſchaften hat die Zahlung nicht, durch deren

28) *Chriſt.* HOFFMANN Diſp. de ceſſionibus iudicialibus et extraiudicialibus earumque differentiis. *Vitemb.* 1739.

29) S. von Trützſchler Anweiſung zur vorſichtigen u. förml. Abfaſſung rechtlicher Aufſätze. 2 Th. 4. Hauptabth. 6. Hptſt. §. 74. S. 217. und Claproth Rechtswiſſenſchaft von vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte. 2. Th. S. 829. Der Ceſſionsſchein muß jedoch eine cauſa oder Titel enthalten. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCI. medit. 4.

30) *Io. Caſp.* HEIMBURGII Progr. de creditore ad iura tertio cedenda haud obligato, Diſſertat. I. W. *Weſtphalii* de furto magno praemiſſ. *Ienae* 1745.

31) SCHACHER Diſſ. de quibusdam ceſſionibus neceſſariis. *Lipſiae* 1642. Thibaut Syſt. des Pand. R. 1. B. §. 76.

deren Annahme der Gläubiger zwar den Schuldner befreiet, keineswegeſ aber ſein Recht gegen denſelben auf denjenigen, welcher für ihn zahlt, zu übertragen intendirt [32]). Es iſt daher eine Ceſſion hier nöthig, welche der Bürge von Rechtswegen [33]), ein Anderer aber nur dann verlangen kann, wenn er ſich ſolche bey der Bezahlung ausbedungen hat [34]). Die Ceſſion kann übrigens gegen oder ohne Vergeltung geſchehen.

§. 1019.

Wirkung der Ceſſion.

Durch die Ceſſion geht nun das ganze Recht des Cedenten in Anſehung der cedirten Forderung mit ſeinen Anhängen auf den Ceſſionar über. Im kommen alſo auch die der Forderung wegen dem Cedenten conſtituirten Sicherheitsrechte, z. B. ſein Pfandrecht, ferner die Anſprüche an den Bürgen zu ſtatten. Es iſt dieſes nicht nur der allgemeinen Regel gemäß: Qui in ius alterius ſuccedit, iure eius uti debet, welche uns **Paulus** *L.* 177. *pr. D. de div. reg. iuris* giebt, und zwar gerade in Beziehung auf unſere Lehre, wie aus der Verbindung der *L.* 7. *et L.* 13. *D. h. t.* erhellet, welche ebenfalls, wie die *L.* 177., aus Pau-

32) HEIMBURG Progr. cit. §. 13.

33) *L.* 17. *L.* 41. *§.* 1. *D. de fideiuſſor. L.* 2. *Cod. eod.* Ohne Ceſſion ſteht die Klage des Gläubigers dem Intercedenten nicht zu. *L.* 39. *D. eodem. L.* 11. *Cod. eodem.* S. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 370. Not. 1.

34) *L.* 5. *Cod. de ſolut.* SANDE Tr. de action. ceſſione. Cap. VI. nr. 68. HEIMBURG cit. Progr. §. 15. ſq.

Paulus *libro* 14. *ad Plautium* genommen ſind [35]); ſondern es ſagen dieſes auch die Geſetze dieſes Titels ganz beſtimmt:

L. 2. *pr. D. h. t.* Id inter ementem et vendentem agi, *ut neque amplius*, NEQUE MINUS IURIS *emtor habeat, quam apud heredem futurum eſſet.*

L. 6. D. eodem. Emtori nominis etiam *pignoris perſecutio* praeſtari debet: eius quoque, quod poſtea venditor accepit. *Nam beneficium venditoris prodeſt emtori.*

L. 23. *pr. D. h. t.* Venditor actionis, quam adverſus principalem reum habet, OMNE IUS, *quod* EX EA CAUSA *ei competit*, tam adverſus ipſum reum, quam *adverſus interceſſores huius debiti cedere debet*, niſi aliud actum eſt.

L. 8. *Cod. eodem.* Ex nominis emtione — exemplo creditoris, *perſecutio tribuitur.*

Alles dieſes hat ſeinen ganz natürlichen Grund darin, weil der Ceſſionar an die Stelle des Cedenten tritt, und die der abgetretenen Forderung wegen beſtellten Sicherheitsrechte, ſie mögen dem Gläubiger nach dem Geſetz oder vermöge eines Vertrags zuſtehen, wenn ſie auch gleich erſt vor Gericht bey der Anſtellung der Klage geltend gemacht werden können, dennoch der Forderung gleich von ihrer Entſtehung an inhäriren, und gleichſam einen Theil derſelben ausmachen. Sie müſſen alſo um ſo mehr auf den Ceſſionar übergehen, weil ſonſt die cedirte For-

35) S. *Iac.* GOTHOFREDI Comm. in tit. Pand. de div. regulis iuris, ad L. 177. pr. pag. 717.

Forderung nicht ganz die nämliche ſeyn würde, welche ſie vorher war [36]). Hieraus läßt ſich nun auch beurtheilen, ob und wiefern die beſondern Rechte und Privilegien des Cedenten auf den Ceſſionar übergehen? Die Rechtsgelehrten ſind über dieſe Frage ſehr verſchiedener Meinung. Einige [37]) glauben, es komme darauf an, ob der Ceſſionar Namens des Cedenten actione mandata, oder ob er mit der actio utilis in eigenem Namen klagt. Im letztern Falle giengen keine andere Rechte und Privilegien auf den Ceſſionar über, als welche mit der ihm überlaſſenen Forderung ſelbſt verbunden ſind. In dem erſten Falle aber ſey wieder zu unterſcheiden, ob die Ceſſion aus freyem Willen, oder vermöge einer rechtlichen Nothwendigkeit geſchehen ſey. In jenem Falle, da z. B. eine Forderung dem Ceſſionar verkauft oder verſchenkt worden iſt, könne ſich derſelbe aller Privilegien des Cedenten bedienen, auch der perſönlichen. Dieſes ſey nicht nur der klaren Verordnung der *L. 5. Cod h. t.* gemäß, ſondern eben dieſes bringe auch die Natur der Sache mit ſich, weil hier der Ceſſionar nur als Stellvertreter des Cedenten handle. In dem letztern Falle aber, da die Ceſſion eine nothwendige war, kämen die perſönlichen Privilegien des Cedenten dem Ceſſionar nicht zu ſtatten, wie Papinian *L. 42 D. de adminiſtrat. et peric. tutorum et curator.* lehre. Denn wenn der Cedent ſeine Klage abzutreten, rechtlich genöthiget ſey, ſo müſſe

36) S. MÜHLENBRUCH Commentat. de iure eius, cui actionibus ceſſit creditor. Sect. III. pag. 24 ſqq.

37) Vorzüglich DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XV. c. 44 §. *Et hoc quidem.*

müſſe man annehmen, er habe von dem ſeiner Perſon eigenen Rechte nichts übertragen, ſondern nur das abtreten wollen, was der Klage eigen iſt, weil **Modeſtin** ſage *L.* 18. *D. de adimendis legat.* neminem in neceſſitatibus liberalem exiſtere. Und ſo argumentirt denn einer der größten Civiliſten, deſſen Commentarii de iure civili gewiß das gründlichſte und vollſtändigſte Syſtem ſind, welches jemals geſchrieben worden iſt. Allein wie kann es denn hier von der Freygebigkeit des Cedenten abhängen, ob und in wiefern die ihm zuſtehenden beſondern Rechte auch dem Ceſſionar zu ſtatten kommen? **Papinian** hat ja hierin den Grund ſeiner Entſcheidung gar nicht geſetzt, ſondern er ſagt: *Non enim cauſae, ſed* PERSONAE *ſuccurritur, quae meruit praecipuum favorem.* Nun iſt hier von einem Privilegium oder perſönlichen Vorzugsrechte des Pupillen die Rede, welches demſelben vor Einführung der geſetzlichen Hypothek wegen Anſprüche an ſeinen Vormund zuſtand, und nicht auf die Erben überging [38]). Alſo nicht von der Nothwendigkeit der Ceſſion, ſondern von dem Zuſtande und der beſondern Begünſtigung der Perſon, welcher das Privilegium zuſteht, wird der Entſcheidungsgrund hergenommen, und daraus iſt zu beurtheilen, ob die Ausübung eines perſönlichen Privilegiums durch einen Stellvertreter geſchehen kann, oder nicht. Ueberdem aber iſt auch der Unterſchied, den **Doneau** zwiſchen der actio mandata und utilis macht, in keinem Geſetz gegründet. Die bereits oben angeführten Geſetze legen vielmehr beyden Klagen gleiche Wirkung

38) *L. 19. §. 1. D. de reb. auct. iud. poſſid.* S. *Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 25. D. de tut. et ration. diſtrah. pag. 815.

kung bey. Doch ſchon Caspar Schifordegher[39]) hat dieſe Meinung gründlich wiederlegt. Hiermit fällt nun aber auch zugleich die Meinung derjenigen, welche, ohne auf die Art der Privilegien Rückſicht zu nehmen, blos darauf geſehen wiſſen wollen, ob der Ceſſionar mit der actio directa oder utilis klage, und in dem erſten Falle dem Ceſſionar jedes Privilegium des Cedenten einräumen, die Ceſſion ſey übrigens, von welcher Art ſie wolle, weil hier der Ceſſionar blos die Perſon des Cedenten vorſtelle; in dem letztern Falle aber demſelben den Gebrauch der Privilegien des Cedenten ſchlechterdings abſprechen, weil ihm die actio utilis in eigener Perſon zuſtehe; welche Meinung vorzüglich Georg Frantzke[40]) zu vertheidigen geſucht hat. Die meiſten[41]) unterſcheiden jedoch, zwiſchen perſönlichen Privilegien, welche auch nicht einmal der Ausübung nach von der Perſon des Privilegirten getrennt werden können, und zwiſchen dinglichen, welche der cedirten Forderung anhängen, und auf die Erben übergehen. Letztere ſtünden ihrer Natur nach auch dem Ceſſionar zu[42]). Hieher gehöre z. B. das privilegium tacitae hypothecae, welches den Pupillen und Minderjährigen, ſtatt jenes perſönlichen Vorzugsrechts, auf dem Vermögen ihrer Vormünder durch das neuere

39) Ad Ant. *Fabrum* Lib. IV. Tract. 23. Qu. 23. pag. 330.

40) Variar. Reſolution. Lib. I. Reſolut. 14. nr. 44. pag. 290 ſqq.

41) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 55. et 56. LENZ Tr. de nominibus et actionib. ceſſis. Cap. XXVII. Membr. 5. pag. 323. ſqq. *Guſtav. Bernh.* BECMANN Diſſ. de ſucceſſione creditoris in alterius et ſuum ipſius locum. *Goett. 1781.* §. 9.

42) *L. 68. D. de div. reg. iur.*

Recht ertheilt worden iſt; weil von der Beſchaffenheit des ältern Privilegiums, welches nicht auf die Erben gieng, auf die Qualität der ſtillſchweigenden Hypothek der Schluß nicht gelte. Die perſönlichen Privilegien des Cedenten hingegen ſeyen dem Ceſſionar ſchlechterdings abzuſprechen. Dieß lehre die Natur dieſer Privilegien, ſo wie ſie uns **Paulus** [43]) darſtellt. Eben dieſes beſtätige **Papinians** Entſcheidung in Betreff jenes perſönlichen Vorzugsrechts, welches nach dem ältern Recht den Pupillen und anderen unter der Vormundſchaft ſtehenden Perſonen zuſtand [44]). Hieher gehöre auch das Vorzugsrecht, mit welchem die ſtillſchweigende Hypothek der Ehefrau in Rückſicht ihres Heyrathsguts begleitet iſt [45]). Mehrere [46]) wollen jedoch eine Ausnahme in Anſehung des Fiskus machen. Bey dieſem finde das beſondere Recht ſtatt, daß wer ſich von ihm eine Forderung cediren läßt, alle Privilegien deſſelben ohne Unterſchied zu genieſſen habe. Der Unterſchied zwiſchen binglichen und perſönlichen Rechten falle hier darum weg, weil der Fiskus, als eine moraliſche Perſon, die nicht ſtirbt, keinen Erben habe. Dieſes anomalum ſoll gegründet ſeyn, in *L.* 43. verbunden mit *L.* 17. §. 5. *D. de Uſur.* und beſonders in *L. fin. Cod. de privileg. fisci*, wo die Kaiſer **Valerian** und **Gallienus** reſcribiren: Si in te ius fiſci, cum reliqua ſolveres debitoris, pro quo ſatisfaciebas, tibi competens iudex adſcripſit, et transtulit, ab his creditori-

43) *L. cit. 68.*

44) *L. 42. D. de admin. tut.*

45) *L. ult. §. 1. Cod. Qui potior. in pignore.*

46) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. LAUTERBACH c. l. §. 58. *Io. Henr.* BERGER Diſſ. de ceſſione privil. fiſcal. *Vit.*

toribus, *quibus fiſcus potior habetur*, res, quas eo nomine tenes, non poſſunt inquietari. Allein daß die Geſetze in Anſehung des Fiskus nichts vom gemeinen Rechte Abweichendes haben verordnen wollen, erhellet klar aus andern Geſetzſtellen.

L. 3. Cod. de privil. fiſci. Si cum pecuniam pro marito ſolveres, reſcribirt hier der Kaiſer **Antonin**, *neque ius fiſci in te transferri impetraſti*, neque pignoris cauſa domum vel aliud quid ab eo accepiſti, habes perſonalem actionem.

Alſo ohne Ceſſion geht das Recht des Fiskus eben ſo wenig, als das Recht eines Andern Gläubigers, auf den über, welcher für den Schuldner deſſelben, ohne dazu verpflichtet zu ſeyn, Zahlung leiſtet. Daß übrigens das Rechtsverhältniß ganz das nämliche ſey, der Gläubiger ſey der Fiskus, oder eine Privatperſon, lehrt uns vollends folgende Geſetzſtelle.

L. 11. Cod. de fideiuſſorib. et mandator. Potuiſti ſane, reſcribirt hier der Kaiſer **Alexander**, cum fisco ſolveres, deſiderare, *ut ius pignoris, quod fiscus habuit, in te transferetur*: et ſi hoc ita factum est, ceſſis actionibus uti poteris. *Quod et in privatis debitis obſervandum eſt.*

Die oben angeführte L. 43. *D. de uſuris* enthält auch nichts Beſonderes. Es kommt nur auf die richtige Leſeart an.

HERENNIUS MODESTINUS reſpondit (*libro XVIII. Reſponſorum*) eius temporis, quod ceſſit, poſtquam fiscus debitum percepit, eum, qui mandatis a fisco actio-

actionibus experitur, uſuras, quae in ſtipulatum deductae non ſunt, petere poſſe.

Man ſtelle ſich hier folgenden Fall vor. Der Fiskus wird Erbe des verſtorbenen Titius. Mävius iſt Schuldner der Erbſchaft. Zinſen von dieſer Schuld ſind zwar nicht ſtipulirt. Allein vermöge eines dem Fiskus zuſtehenden Privilegiums müſſen doch nun von der Zeit an, da der Fiskus dem Titius ſuccedirte, demſelben Zinſen bezahlt werden [47]. Sejus, des Schuldners Bürge, bezahlt hierauf dem Fiskus die Schuld, und läßt ſich die Klage deſſelben cediren. Nun entſteht die Frage, ob der Ceſſionar eben ſo, wie der Fiskus, die Zinſen auch für die Zukunft fordern könne? Nach der gemeinen Leſeart, mit welcher auch die florentiniſche übereinſtimmt, hätte Modeſtin die Frage bejahet. Wäre aber dieſe Entſcheidung nicht ganz widerſinnig geweſen? Der Fiskus hatte ja von der Zeit an, da er ſeine Bezahlung erhielt, keine Zinſen mehr zu fordern. Der Ceſſionar würde alſo ſich nicht blos die Ausübung eines dem Fiskus vermöge ſeines Privilegiums ſchon erworbenen Rechts, ſondern in der That das Privilegium des Fiskus ſelbſt zueignen. Unmöglich konnte Modeſtin eine ſolche Entſcheidung aufſtellen, die der gemeinen Rechtsregel [48]: In omnibus cauſis id obſervatur, *ut ubi perſonae conditio locum facit beneficio*, ibi, deficiente ea, beneficium quoque deficiat, ſo offenbar entgegenſtreitet. Es leuchtet demnach in die Augen, daß man ſtatt *petere poſſe* nothwendig *petere* NON *poſſe* leſen müſſe. Dieſe Emendation hat auch die

47) *L. 17. §. 5. D. de Uſuris.*

48) *L. 68. D. de div. reg. iur.*

die Auctorität der Baſiliken[49]), und der berühmteſten Rechtsausleger[50]), bis auf den **Emund Merill**[51]), welcher unrichtig die florentiniſche Leſeart vertheidiget, für ſich. Es erhellet zugleich hieraus, daß wenn von der Ceſſion ſolcher Forderungen die Rede iſt, deren wegen dem Gläubiger beſondere Rechte und Wohlthaten zuſtehen, das Abſehen der Intereſſenten nicht dahin gehen könne, daß das dem Cedenten zuſtehende Privilegium ſelbſt auf den Ceſſionar übertragen werde, ſondern daß der Ceſſionar nur das vermöge deſſelben ſchon erworbene Recht des Cedenten ausübe, und dann kann ja die Uebertragung eines vermöge des Privilegiums erworbenen Rechts nicht in engern Gränzen eingeſchloſſen ſeyn, als die Uebertragung eines ſolchen Sicherheitsrechts, welches ſich der Gläubiger durch Vertrag von dem Schuldner beſtellen ließ.

49) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 3. Conſt. 43. pag. 387. Εὰν τῷ δημοσίῳ καταβαλὼν εκχωρηθῶ τὸ χρέος σου τοῦ μετὰ τὴν ἐξ ἐμοῦ καταβολὴν χρόνου τόκους ὀυκ ἀπαιτῶ σε, ἐι μὴ ἔτυχες ἐπερωτηθείς; oder nach der Ueberſetzung des **Fabrot**: *Si me ſolvente fiſco, quod tu ei debes, fiſcus mihi ceſſerit nomen tuum, eius temporis, quod poſt ſolutionem praeteriit, uſuras a te non petam, niſi eas mihi ſtipulanti ſpoponderis.*

50) *Iac.* CUJACIUS Commentar. ad Reſponſa Modeſtini Libr. XVIII. ad L. 43. D. de Uſuris. *Ger.* NOODT de foenore et uſuris Lib. III. Cap. 10. §. *Illud quoque.* (in *Operib.* Tom. I. pag. 252.) *Nic.* CATHARINUS Obſervation. et Conjecturar. Lib. I. cap. 45. (in *Theſ. Meerman.* Tom. VI. pag. 777.) POTHIER Pand. Iuſtinian. Tom. I. Lib. XXII. Tit. 1. Nr. L. not. i. und BECMANN cit. Diſſ. de ſucceſſ. cred. in alt. locum. §. 9. in fin.

51) Variant. ex Cujacio Lib. III. cap. 33.

ließ. Nach der richtigern Meinung kommen daher alle Rechte und Wohlthaten, welche dem Cedenten der abgetretenen Forderung wegen zuſtanden, auch dem Ceſſionar zu ſtatten, ohne Unterſchied, ſie mögen dingliche oder perſönliche ſeyn, ſofern nicht die Geſetze, wegen beſonderer Verhältniſſe der Perſonen unter ſich, in einzelnen Fällen eine Ausnahme machen, ſo daß ſelbſt die Ausübung des Privilegiums ein ſolches Verhältniß, als nothwendige Bedingung, vorausſetzt [52]). So z. B. geht zwar die ſtillſchweigende Hypothek, welche der Ehefrau wegen ihres Heyrathsgutes auf dem Vermögen des Ehemanns zuſteht, auf den Ceſſionar über, aber nicht das Vorzugsrecht, mit welchem die Geſetze dieſe Hypothek der Ehefrau begleiten [53]). Dahingegen geht die Wohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand mit der von den Minderjährigen abgetretenen Forderung, in Rückſicht welcher er dieſelbe wegen erlittener Verletzung ſelbſt zu ſuchen berechtiget war, auf den Ceſſionar über, wenn gleich dieſelbe in einer beſondern Begünſtigung des Alters gegründet iſt [54]); ja der Minderjährige kann ſogar zuweilen zur Ceſſion der ihm zuſtehenden Rechtswohlthat genöthiget werden, wenn der Ceſſionar durch ihn in Rückſicht ſeiner eigenen Geſchäfte in Schaden gebracht worden iſt [55]).

Im-

52) S. MÜHLENBRUCH cit. Commentat. Sect. III. §. 7. p. 30. ſqq.

53) *L. 12. Cod. Qui potiores in pignore. L. un. C. de privileg. dotis.*

54) S. *Henr. de* COCCEJI Diſſ. cit. de ceſſione eorum, quae ad heredes non tranſ. Cap. IV. §. 4—7. und den 5. Th. dieſes Commentars §. 459. S. 560.

55) *L. 24. pr. D. de Minorib.*

Immer geht alſo nur das Recht auf den Ceſſionar über, was der cedirten Forderung cohärirt, nicht aber was der Cedent, aus einer beſondern Rechtsbegünſtigung ſeines Zuſtandes, erſt in künftigen Fällen benutzen kann. So iſt die *L.* 9. §. 8. *D. de publican. et vectigal.* zu vereinigen, wo **Paulus** ſagt: Fiſcus ab omnium vectigalium praeſtationibus immunis eſt. Mercatores autem, qui de fundis fiſcalibus mercari conſuerunt, nullam immunitatem ſolvendi publici vectigalis uſurpare poſſunt. Mit Recht wird hier den Käufern fiskaliſcher Güter die Zollfreiheit abgeſprochen, welche dem Fiskus zuſteht. Denn dieſe Immunität iſt zwar dem Fiskus in den Geſetzen zugeſichert, allein von deren Gebrauch kann doch nicht eher die Frage ſeyn, als wenn der Fiskus in dem Falle ſich befindet, wo nach der Vorſchrift des gemeinen Rechts Zoll bezahlt werden muß. Die Käufer, welche ſich dieſe Immunität zu Nutzen machen wollten, würden alſo hier nicht ſowohl ein dem Fiskus vermöge dieſes Privilegiums ſchon erworbenes Recht ausüben, ſondern ſich das Privilegium des Fiskus ſelbſt zueignen. Auf keine Weiſe kann jedoch der Ceſſionar a) von denjenigen Privilegien Gebrauch machen, welche dem Cedenten bey der gerichtlichen Verfolgung ſeines Rechts zuſtehen, und ohne Rückſicht auf die cedirte Forderung blos den Prozeß betreffen. Z. B. das Privilegium, daß bey fiskaliſchen Forderungen dem Gegner des Fiskus keine Appellation geſtattet wird[56]), geht nicht auf den Ceſſionar über. Denn es ſteht mit der cedirten Forderung in keiner nothwendigen Verbindung. Hätte hingegen der Cedent durch eine

der

56) *L. 4. et 8. Cod. Quorum appellat. non recipiuntur.*

der cedirten Forderung wegen bereits erhaltene Immiſſion in die Güter des Schuldners bereits ein dingliches Sicherheitsrecht erhalten, ſo würde ſolches auch dem Ceſſionar ohne allen Zweifel zu ſtatten kommen. Eben ſo wenig gehen b) diejenigen Rechte auf den Ceſſionar über, welche zwar dem Cedenten bey Gelegenheit der cedirten Obligation zugeſtanden haben würden, aber doch dieſelbe nicht näher berühren. So iſt z. B. bekannt, daß der Pfandinhaber, wenn er das Pfand durch einen gültigen Contract von dem Schuldner erhielt, deshalb auch wegen anderer mit der Pfandſchuld in keiner Verbindung ſtehenden Forderungen das Retentionsrecht ausüben dürfe [57]). Dieſes Recht iſt auf den Ceſſionar nicht zu erſtrecken [58]).

Es entſteht jedoch die Frage, ob ſich der Ceſſionar bey der Verfolgung der ihm abgetretenen Forderung nicht ſeiner eigenen Privilegien bedienen könne? Dieſe Frage wird von den Rechtsgelehrten ſehr verſchieden beantwortet. Einige [59]) verneinen ſie ſchlechterdings. Andere [60]) bejahen ſie. Noch andere [61]) unterſcheiden, ob das

57) *L. un. Cod. Etiam ob chirographar. pecuniam pignus teneri poſſe.* S. den 15. Theil dieſes Commentars §. 937. S. 130. f.

58) S. MÜHLENBRUCH Comm. cit. III. 11. pag. 38. ſq. Thibaut Syſt. des Pand. R. 1. B. §. 311. und *Walt. Vincent.* WIESE Diſſ. de retentione pignoris tam ob eadem quam ob diverſa. *Roſt.* 1780. §. 24.

59) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 59. und beſonders *Sam. Frid.* WILLENBERG Diſſ. de privilegio cedentis et ceſſionarii. *Francof.* 1695. Cap. III. §. 16. ſqq.

60) *Chriſt. Wilh.* WEHRN Diſquiſit. iurid. de ceſſionario privilegiato

das eigene Privilegium des Cedenten ein dingliches, oder ein blos perſönliches, z. B. privilegium fori, ſey. Nur in dem letztern Falle könne der Ceſſionar davon Gebrauch machen, aber nicht in dem erſtern. Endlich behaupten einige [62]) noch, daß es auch bey perſönlichen Privilegien vielmehr darauf ankomme, ob die Ceſſion gegen Vergeltung oder unentgeltlich geſchehen ſey. Nur in dem erſten Falle behalte der Ceſſionar ſein Privilegium, wenn er ex iure ceſſo klagt; aber in dem letztern würde es hart ſeyn, die Lage des Schuldners dadurch zu erſchweren. Soviel iſt gewiß, daß der Ceſſionar in Rückſicht der ihm abgetretenen Forderung nicht mehr Recht haben könne, als der Cedent hatte. Nemo enim plus iuris ad alium transferre poteſt, quam ipſe haberet [63]). Auch wird durch die Ceſſion die Natur der Verbindlichkeit nicht geändert. Denn die Ceſſion iſt keine Delegation, ſie wird vielmehr in den Geſetzen von der letztern ausdrücklich unterſchieden [64]). Es kommt daher bey der aufgeworffenen Frage alles darauf an, ob ſich der Ceſſionar ſeines eigenen Rechts auf eine ſolche Art bedienen wolle, daß dadurch die Natur der Verbindlichkeit zum Nachtheil des Schuldners geändert werden würde, oder nicht, ſondern der Gebrauch des Privilegiums blos durch

giato ad uſum privilegiorum ſuorum admittendo. *Erfordiae* 1786. Thibaut Syſt. des Pand. R. 1. B. §. 79.

61) *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 13. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iuris Rom. T. II. Sect. II. §. 548.

62) *Ant.* FABER Cod. definition. forenſ. Lib. III. Tit. 12. Def. 22.

63) *L. 54. D. de div. reg. iur.*

64) *L. 1. Cod. de novat. et delegat.*

durch ſolche Umſtånde veranlaßt werde, welche außer den Grånzen der Ceſſion liegen. In dem erſten Falle leuchtet es ein, daß der Ceſſionar von ſeinem eignen Recht keinen Gebrauch machen kønne. Z. B. der Ceſſionar iſt ein ſolcher Glåubiger, welcher das Privilegium hat, daß er von ſeinen Forderungeu Zinſen verlangen kann, wenn ſie ihm gleich nicht verſprochen worden ſind, oder daß er høhere Zinſen fordern darf, oder daß ihm auf den Vermøgen ſeiner Schuldner eine ſtillſchweigende Hypothek zuſteht, wenn die abgetretene Forderung eine blos chirographariſche iſt. Denn hier würde ſich ja der Ceſſionar zum Nachtheil des Schuldners in Anſehung der ihm cedirten Forderung ein ausgedehnteres Recht zueignen, als der Cedent hatte, welches gegen die Natur der Ceſſion ſtreitet [65]). Eine Ausnahme findet jedoch in Anſehung des Fiskus Statt, welcher ſich ſeiner Privilegien bedienen kann, wenn er gleich in ius privati creditoris ſuccedirt, wie **Ulpian** lehrt *L. 6. pr. D. de iure fiſci.* Fiſcus, cum in privati ius ſuccedit, privati iure *pro anterioribus ſuae ſucceſſionis temporis* [66]) utitur: caeterum *poſteaquam ſucceſſit, habebit privilegium ſuum.* Sed utrum ſtatim atque coepit ad eum pertinere nomen: an vero poſtea quam convenit debitorem, an poſtea quam relatum eſt inter nomina debitorum, quaeritur? Et quidem *uſuras exinde petit fiſcales* [67]), etſi brevio-

res

65) *L. 2. pr. D. L. 5. Cod. h. t. L. 175. L. 177. D. de div. reg. iuris. L. 39. in fin. D. de negot. geſt.*

66) *Anteriora temporis* iſt ein Gråcismus, und ſoviel als tempus illud, quod anteceſſit. S. POTHIER Pand. Iuſtin. T. III. Lib. XLIX. Tit. 14. Nr. XXXVIII. not. f.

67) *L. 17. §. 6. D. de Uſuris.*

res debeantur [68]), *ex quo convenit certum debitorem et* [69]) *confitentem.* At in *privilegio* [70]) varie reſcriptum eſt: puto tamen *exinde privilegio eſſe locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen eſt.* Das Privilegium des Fiskus ſelbſt war wohl außer Zweifel, nur über die Zeit, von welcher an der Fiscus von ſeinem Privilegium Gebrauch machen könne, ſcheint der Streit geweſen zu ſeyn, der hier entſchieden wird. Soviel iſt gewiß, daß dieſes beſondere Recht keine Ausdehnung, auch nicht auf Kirchen, zuläßt [71]), wie einige irrig behaupten [72]). In dem oben angegebenen letzten Falle aber, da das eigene Privilegium des Ceſſionars auf die cedirte Forderung ſelbſt keinen Einfluß hat, geſchweige daß dadurch die Natur der Verbindlichkeit geändert würde, kann der Ceſſionar ohne Bedenken bey der Verfolgung des ihm abgetretenen Rechts von dieſem ſeinem Privilegium Gebrauch machen, die Ceſſion ſey gegen Vergeltung, oder unentgelt-

68) CUJACIUS Obſervat. Lib. XIX. cap. 2 erklärt dieſe Worte ſo: *etſi leviores uſurae deberentur ei, cui ſucceſſit.*

69) CUJACIUS l. c. glaubt, die Conjunction *et* müſſe weggeſtrichen, und das *confitentem* auf *certum* bezogen werden.

70) Die Ausleger wollen darunter das privilegium exigendi verſtehen, welches dem Fiskus vor andern chirographariſchen Gläubigern ein Vorzugsrecht giebt. S. *Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 46. §. 3. D. de iure fiſci §. 4. pag. 1015. ſq. und POTHIER Pand. Iuſtin. c. l. not. g. et i.

71) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. in fin.

72) BRUNNEMANN Comm. ad L. 6. D. de iure fiſci. und ANCKELMANN Diſſ. de ceſſione nominis. §. XIV. not. v.

geltlich geſchehen[73]). Es tritt hier die Regel ein: Qui iure ſuo utitur, nemini facit iniuriam[74]). Z. B. der minderjährige Ceſſionar ſucht in dem Prozeß mit dem debitor ceſſus wegen einer Verſäumniß die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand; dieß muß ſich der Schuldner gefallen laſſen. Denn ſolche Rechtswohlthaten, welche die Geſetze einer Perſon überhaupt, ohne Beziehung auf die Sache, in welcher gerade davon Gebrauch gemacht werden will, ertheilt haben, verliehren dadurch ihre Gültigkeit nicht, daß der Privilegirte ex iure ceſſo klagt, wenn dem Schuldner auch dieſes inſofern nachtheilig iſt, daß er nun gegen den privilegirten Ceſſionar die Einrede zufällig verliert, deren er ſich in dieſem Falle gegen den nicht eben ſo privilegirten Cedenten hätte bedienen können.

Die wichtigſte und ſtreitigſte Rechtsfrage iſt jedoch noch die, ob eben diejenigen Einreden, welche dem Cedenten entgegengeſetzt werden konnten, auch dem Ceſſionar entgegenſtehen? Man unterſcheidet hier gewöhnlich[76]) folgende Fälle. Die Einreden ſind entweder a) dingliche, die auf keine gewiſſe Perſon beſchränkt, ſondern

73) S. MÜHLENBRUCH Comm. cit. de iure eius, cui actionib. ceſſit creditor. III. 12. pag. 40. ſqq.

74) *L. 55. L. 151.* und *L. 155. D. de reg. iur.*

75) *L. 7. §. 4. et 11. L. 36. D. de minoribus.*

76) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 9. *Io. a* SANDE Tr. de actionum ceſſione Cap. XIII. §. 7. *Chriſt.* LENZ Tr. de nominibus et actionib. ceſſis. Cap. 32. et 33. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 5. nr. 10. *Guſtav. Bernh.* BECMANN Diſſ. de ſucceſſione creditoris in alterius locum §. 8. ANCKELMANN Diſſ. de ceſſione nominis. §. 14. num. III. u. a. m.

dern in dem cedirten Recht ſelbſt gegründet ſind, oder b) perſönliche, ſofern ſie auf die Perſon entweder des Beklagten oder des Klägers beſchränkt ſind. Wenn nun der Ceſſionar aus dem ihm abgetretenen Recht klagt, ſo ſoll es darauf ankommen, ob er actione mandata, Namens des Cedenten, als procurator in rem ſuam klagt, oder in eigenem Namen mit der actio utilis, wie ihm nach dem Reſcript des Kaiſers Pius erlaubt iſt. In dem erſten Falle müſſe ſich der Ceſſionar alle Einreden gefallen laſſen, welche der Schuldner dem Cedenten ſelbſt hätte entgegenſetzen können, ſie ſeyen dingliche oder perſönliche. In dem letztern Falle hingegen unterſcheidet man weiter, ob die dem Schuldner zuſtehenden Einreden dingliche oder perſönliche ſind. Jene ſtehen auch dem Ceſſionar entgegen, denn das bringe deren Natur mit ſich [77]). Dieſe aber könnten, ſofern ſie blos die Perſon des Cedenten betrafen, dem Ceſſionar nicht entgegengeſetzt werden; z. B. die exceptio doli [78]). Doch ſey der Fall auszunehmen, wenn die Ceſſion unentgeltlich geſchahe, weil ſonſt der Ceſſionar ſich mit dem Schaden des Schuldners auf eine unbillige Art bereichern würde.

77) Arg. *L. 14. §. 3. D. Communi divid. L. ult. § 1. D. de except. rei vend. et trad. Cap. 46. de reg. iuris in VIto.* Man rechnet dahin die exceptio rei iudicatae, pacti, praeſcriptionis, non numeratae pecuniae, metus iniuſti, SCti Velleja-ni, Macedoniani, ſolutionis, compenſationis, iurisiurandi, u. d. *L. 7. §. 1. D. de except.*

78) *L. 4. §. 28. et §. 31. D. de doli mali et met. except. L. 3. Cod. de peric. et commodo rei vend.*

würde [79]). Allein dagegen läßt ſich Erſtens mit Recht einwenden, daß der Ceſſionar, der die ihm abgetretene Forderung verfolgt, doch nie eine andere Klage anſtellen könne, als welche der Cedent ſelbſt anzuſtellen gehabt hätte, er bringe ſie nun als eine actio mandata, oder als actio utilis vor. Denn die Wirkung bey beyden Klagen iſt, wie bereits oben bemerkt worden, die nämliche. Was alſo der actio mandata für Einreden entgegengeſetzt werden können, ſtehen auch der actio utilis entgegen. Zweytens daß auch der gemachte Unterſchied zwiſchen exceptiones in rem und in perſonam hier nichts entſcheiden könne, erhellet daraus, weil nach der verſchiedenen Bedeutung, welche die Geſetze mit dieſen Benennungen verbinden, die nämliche Einrede eine dingliche und auch wieder eine perſönliche ſeyn kann. So z. B. wird die exceptio doli mali in der *L.* 7. §. 1. *D. de except.* zu den exceptionibus rei cohaerentibus gezählt, und doch *L.* 2. §. 1. *D. de doli mali et met. except.* geſagt: Et quidem illud annotandum eſt, quod ſpecialiter exprimendum eſt, de cuius dolo quis queratur: non in rem, *ſi in ea re dolo malo factum eſt:* ſed ſic, *ſi in ea re nihil dolo malo actoris factum eſt.* Docere igitur debet is, qui obiicit exceptionem, *dolo malo actoris factum*; nec ſufficiet ei, *oſtendere in re eſſe dolum:* aut, ſi alterius dicat dolo factum, eorum perſonas ſpecialiter debebit enumerare; dummodo hae ſint, quarum dolus noceat. Dahingegen wird gleich nachher §. 2. gelehrt: Plane ex perſona eius, qui exceptionem obiicit,

79) *L.* 6. *D. de except. L.* 4. §. 29. *et* 31. *D. de doli mali et metus except.*

obiicit, *in rem* opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adverſus quem commiſſus ſit dolus, *ſed an in ea re dolo malo factum ſit a parte actoris.* Man ſieht hieraus, daß die exceptio doli mali nur in Rückſicht des Klägers, dem ſie entgegengeſetzt wird, eine exceptio in perſonam iſt, in Rückſicht des Beklagten aber, der ſie vorſchützt, eine exceptio in rem ſey, welche auch auf den Nachfolger übergeht. Eben ſo iſt die exceptio rei iudicatae zwar in rem, in ſofern ſie auch dem Succeſſor zuſteht [80]), aber doch auch nur in perſonam, inſofern ſie nach der Regel des **Modeſtinus**: res inter alios iudicata aliis non obeſt, nur demjenigen entgegengeſetzt werden kann, wider welchen der rechtskräftige Ausſpruch des Richters geht [81]). Es läßt ſich hieraus wohl ein ſehr gegründeter Schluß machen, daß die alten Römiſchen Rechtsgelehrten den Unterſchied zwiſchen dinglichen und perſönlichen Einreden wohl nicht zum Mittelpunkt der Entſcheidung der gegenwärtigen Frage können gemacht haben. Hierzu kommt c) daß ſelbſt die exceptio doli mali dem Ceſſionar unbedingt ex perſona cedentis entgegengeſetzt werden kann, inſofern er ſich des Rechts des Cedenten bedient, die Ceſſion ſey ex cauſa oneroſa oder lucrativa geſchehen. Der Grund liegt einmal in der Natur der Sache ſelbſt. Denn wie konnte hier der Auctor des Ceſſionars durch ſeinen Dolus ein Recht erwerben, was er mit der Wirkung einer gerichtlichen Rechtsverfolgung auf ihn hätte übertragen können? Ein Recht oder Klage, ſo man ſelbſt nicht hat, kann man auch

80) *L. 7. §. 1. D. de except.*

81) *L. 10. D. eodem. L. 2. Cod. eodem.*

auch gewiß keinem Andern abtreten. Aber es iſt dieſes auch die Stimme der Geſetze, welche uns nicht nur die allgemeine Regel geben: Non debeo melioris conditionis eſſe, quam auctor, a quo ius in me tranſiit [82]; — Quod ipſis, qui contraxerunt, obſtat, et ſucceſſoribus eorum obſtabit [83]); — Plerumque emtoris eadem cauſa eſſe debet, circa petendum ac defendendum, quae fuit auctoris [84]); ſondern auch namentlich bey der exceptio doli es für billig halten, eum, qui ex perſona auctoris utitur acceſſione, pati dolum auctoris, wie **Ulpian** lehrt *L.* 4. § 27. *D. de doli mali et metus exceptione.* Erwägt man nun noch endlich, daß der Ceſſionar an die Stelle des Cedenten tritt, und daß der Zuſtand des Schuldners durch die Ceſſion nicht verſchlimmert werden darf, ſo läßt ſich daraus die Meinung derjenigen [85]) erklären, welche zur Regel annehmen, daß der Ceſſionar unſtreitig alle diejenigen Einreden wider ſich gelten laſſen müſſe, welche ſeinem Cedenten entgegenſtanden, ſie ſeyen dingliche, oder perſönliche, exceptiones iuris oder facti, der Ceſſionar klage mit der actio directa mandata oder utilis. Die Wahrheit liegt auch hier, wie gewöhnlich, in der Mitte. Soviel iſt 1) auſſer Zweifel, daß der Ceſſionar alle diejenigen Einreden wider

82) *L. 175. §. 1. D. de div. reg. iur.*

83) *L. 143. D. eodem.*

84) *L. 156. §. 3. D. eodem.*

85) S. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 40. Weber Syſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 117. Not. 9. S. 710. ff. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 548. pr. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviſſ. Tom. II. §. 978. in fin.

der ſich gelten laſſen muß, welche ſich weder auf eine gewiſſe Perſon, noch Sache beziehen, ſondern dem Beklagten gegen jeden Kläger zuſtehen. Dahin gehören z. B. die Exceptionen, welche den Gerichtsſtand betreffen; dahin gehört auch die exceptio moratorii, wenn gleich dieſe Einrede dem Succeſſor nicht zu ſtatten kommt [86]). Eben ſo gewiß iſt es 2) daß diejenigen Einreden, welche das Klagerecht betreffen, und entweder darauf gehen, daß dem Kläger gar keine Klage zuſtehe, wie z. B. die exceptio SCti Macedoniani und Vellejani, oder daß die Klage aufgehoben ſey, wie z. B. die exceptio praeſcriptionis, compenſationis [87]), iurisiurandi, rei

 iudi-

86) S. *Iuſt. Henn* BOEHMER Diſſ. de literis reſpirationis earumq. validitate et invaliditate. Cap. II. §. 10. und beſonders *Io.* ANZMANN Vindiciae veritatis: fideiuſſorem, obtento a debitore principali reſcripto moratorio, a creditore conveniri haud poſſe, Diſſertat. praeſide *Io. Ge.* SCHLOER, *Moguntiae 1782.* def. §. 23.

87) Der Grund, warum die Einrede der Compenſation dem Ceſſionar eben ſo, wie dem Cedenten, entgegengeſetzt werden kann, liegt darin, weil die Klage ipſo iure aufgehoben wird, ſobald die cauſa compenſandi eintritt. Eine Forderung, die nicht mehr exiſtirt, kann alſo auch nicht mit Wirkung cedirt werden. *L. 4. Cod. de compenſat.* Wäre jedoch der Cedent erſt nach der Ceſſion Schuldner des debitoris ceſſi geworden, ſo kann der Schuldner deswegen dem Ceſſionar die Einrede der Compenſation nicht entgegenſetzen, ſofern nämlich der Ceſſionar dem Schuldner von der ihm geſchehenen Abtretung der Schuldforderung Nachricht gegeben hatte. Denn ſo wenig der Schuldner jetzt mehr dem Cedenten Zahlung leiſten konnte, ſo wenig kann er ſich auch durch eine Compenſation von ſeiner Schuld befreyen. S. WILLENBERG Diſſ. de privilegio ced. et ceſſionar. Cap. IV. §. 3. et 4. *a* SANDE l. c. Cap. XIII. §. 4. et 5. Ein Anders wäre, wenn dem Schuldner keine Anzeige

iudicatae [88]) u. d. dem Ceſſionar eben ſo gut, wie dem Cedenten, entgegengeſetzt werden können. Soviel jedoch die exceptio doli anbetrifft, ſo iſt vor allen Dingen zu unterſcheiden, ob der Cedent das dem Ceſſionar abgetretene Recht blos durch den Dolus erwarb, oder nicht. Nur in dem erſten Falle kann dem Ceſſionar die Einrede des Betrugs unbedingt entgegengeſetzt werden. Denn ſo wenig der Cedent deshalb ſelbſt klagen konnte, eben ſo wenig konnte er auch ein Klagerecht mit Wirkung cediren. In dem letztern Falle hingegen wird dem Ceſſionar die exceptio doli nicht entgegen ſtehen. Z. B. der

zeige geſchehen ſeyn ſollte. Hier würde demſelben auch in dieſem Falle die Einrede der Compenſation nicht zu verſagen ſeyn. S. LENZ Tr. de nominib. et action. ceſſis. Cap. XXIII. Membr. 6. nr. 16—22. Hatte der Cedent das Privilegium, daß ſich der Schuldner in Anſehung der abgetretenen Schuld mit keiner Compenſation gegen ihn ſchützen konnte; *L. 46. §. 5. D. de iure fisci*; ſo wird auch dem Ceſſionar dieſe Einrede nicht entgegen ſteben. Denn hier fällt der oben angegebene Grund der Compenſation weg. S. MÜHLENBRUCH Comm. cit. IV. 4. pag. 52. ſqq. Daß ſich der Ceſſionar die Einrede der Compenſation müſſe gefallen laſſen, wenn er ſelbſt dem debitor ceſſus ſchuldig iſt, leidet keinen Zweifel.

88) Es wird auch hier vorausgeſetzt, daß die Sache ſchon vor der Ceſſion gegen den Cedenten müſſe rechtskräftig entſchieden worden ſeyn. *L. 44. D. de re iudicata.* Hat erſt nach der Ceſſion der Cedent wegen des abgetretenen Rechts mit dem Schuldner einen Prozeß ohne Wiſſen und Willen des Ceſſionars angefangen, und ſolchen verlohren, ſo kann dieß dem Ceſſionar zu keinem Nachtheil gereichen. S. *Ge. Math.* FRANCKENBERG Diſſ. de effectu rei iudicatae adverſus eos, qui in lite non fuerunt. *Marburgi 1770.* §. 19. et 20.

der Inteſtaterbe beredet den Teſtamentserben auf eine betrügeriſche Art die Erbſchaft auszuſchlagen. Nun cedirt erſterer die Erbſchaft an mich gegen den Empfang eines beſtimmten Preiſes. Wenn ich nun, der ich von dem, was vorging, nichts wuſte, die Erbſchaftsklage gegen den Teſtamentserben anſtelle, ſo kann er mich mit der exceptio doli nicht zurückweiſen. Der Verkäufer hat zwar auch hier betrüglich gehandelt, allein dieſer Betrug verbindet ſeinen Urheber nur zur Leiſtung des Intereſſe, mindert aber das erworbene Recht eines Dritten nicht, weil hier der Cedent die Erbſchaft nicht durch den Betrug erworben, ſondern dieſelbe, als heres legitimus, verkauft hat [89]). So belehrt uns Ulpian *L.* 4. §. 28. *D. de doli mali et met. except.* wo er ſagt: Si cum legitima hereditas Gaii Seii ad te perveniret, et ego eſſem heres inſtitutus, perſuaſeris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem; et poſtea quam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio ceſſeris pretio accepto, isque a me petat hereditatem: *exceptionem doli mali eius, qui ei ceſſit, non poteſt pati.* Hieher gehört auch, wenn Kaiſer Alexander *L.* 3. *Cod. de peric. et comm. rei vend.* ſagt: *Dolum auctoris bonae fidei emtori non nocere, certi iuris eſt.* Ein Anders wäre, wenn der Cedent dem Ceſſionar die Erbſchaft unentgeltlich abgetreten hätte. Hier muß ſich der Ceſſionar die exceptio doli gefallen laſſen. Die Geſetze halten dieſes darum für billig, weil ſich ſonſt der Ceſſionar zum Schaden des Teſtamentserben bereichern würde [90]). Folgende Geſetzſtellen beſtätigen dieſe Ausnahme.

L. 4.

89) S. MÜHLENBRUCH c. l. pag. 50. et 51.

90) *L.* 33. *L.* 206. *D. de div. reg. iur.* *L.* 6. §. 2. *D. de iure dot.*

L. 4. §. 29. *D. eodem.* Si quis autem ex cauſa legati vindicet, aut is, cui ex cauſa donationis res praeſtita eſt, vindicet, an de dolo exceptionem patiatur ex cauſa eius, in cuius locum ſucceſſerit? Et magis putat POMPONIUS ſummovendum. Et ego puto exceptione eos eſſe repellendos: *cum lucrativam cauſam ſint nancti.* Aliud eſt enim *emere*, aliud *ex his cauſis ſuccedere.*

L. 4. §. 31. *D. eodem.* Auctoris autem dolus (ſicut diximus) emtori non obiicitur. Sed hoc in emtore ſolo ſervabimus: item in eo, qui permutaverit, vel in ſolutum accepit: item in ſimilibus, qui vicem emtorum continent. — *ex quacunque alia cauſa, quae prope lucrativam habet adquiſitionem, quaeſiſſe quis videatur, patietur exceptionem doli ex perſona eius, in cuius locum ſucceſſit.* Sufficit enim, ſi is, qui pretium dedit, vel vice pretii, cum ſit bona fide emtor, *ut non patiatur doli exceptionem ex perſona auctoris: utique ſi ipſe dolo caret.* Caeterum ſi ipſe dolo non careat, pervenitur ad doli exceptionem, et patietur *de dolo ſuo exceptionem.*

Aus dem angeführten Grunde wird jedoch auch ſelbſt bey einem Kaufe dem Ceſſionar der Dolus ſeines Auctors ſchaden, ſo weit er durch den Kauf einen Gewinn zu erhalten ſucht. Hierauf deutet Paulus hin, wenn er *L.* 37. *D. de act. emti et vend.* ſagt: Sicut aequum eſt, bonae fidei emtori alterius dolum non nocere, ita non eſt

dot. S. LENZ cit. Tr. Cap. XXXIII. nr. 5. et 6. VOET Comm. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 4. §. 2. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. eod. §. 8.

eſt aequum, eidem perſonae venditoris ſui dolum prodeſſe [91]).

Es ergiebt ſich hieraus 3) daß Einreden, welche blos die Perſon des Cedenten betreffen, jedoch das übertragene Klagerecht nicht ganz vernichten, dem Ceſſionar nur in ſofern entgegenſtehen, als ſich derſelbe mit dem Schaden desjenigen zu bereichern ſucht, wider welchen er das ihm abgetretene Recht geltend macht. Ob aber

4) Einreden, welche ein gewiſſes gegenſeitiges perſönliches Verhältniß zwiſchen dem Kläger uud Beklagten vorausſetzen, noch Statt finden, wenn dieſes Verhältniß durch eine Ceſſion aufgehoben wird, iſt eine Frage, welche beſonders in dem Falle von Wichtigkeit iſt, da dem Schuldner die Wohlthat der Competenz zuſteht. Die Rechtsgelehrten ſind auch hierüber nicht einig. Von einigen [92]) wird ſie bejaht, von andern [93]) verneinet. Beſtimmte Geſetze ſind darüber nicht vorhanden. Es muß alſo die allgemeine Regel entſcheiden: Non debeo melioris conditionis eſſe, quam auctor, a quo ius in me tranſiit [94]). Ueberdem kann die Natur der Verbindlichkeit durch die Ceſſion nicht zum Nachtheil des Schuldners geändert

91) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. Anders erklärt dieſe Stelle Weſtphal vom Kaufe §. 625. welcher behauptet, daß dem Käufer die exceptio doli jederzeit ſo gut entgegen ſtehe, wie dem Verkäufer.

92) LENZ Tr. de nominib. et act. ceſſis. Cap. 32. membr. 4. nr. 13. et 14. LAUTERBACH Diſp. inaug. de beneficio competentiae. §. 44.

93) MÜHLENBRUCH cit. Comm. pag. 54. ſq.

94) *L. 175. §. 1. D. de div. reg. iur. L. 160. §. fin. D. eodem.*

dert werden, auch könnte ja der Cedent, welcher dem Schuldner die Competenz geſtatten mußte, dem Ceſſionar natürlich nicht mehr Recht abtreten, als er ſelbſt hatte.

Daß übrigens 5) der Schuldner, wenn er von dem Ceſſionar belangt wird, dem Cedenten noch den Eid deferiren könne, wenn das Factum, worüber der Eid geſchworen werden ſoll, ein ſolches iſt, welches nur allein den Cedenten betrift, und wovon daher nur dieſer allein Wiſſenſchaft hat, iſt ſchon an einem andern Ort [95]) bemerkt worden.

§. 1020.

Die Ceſſion kann ohne Wiſſen und Willen des Schuldners geſchehen.

Zur Ceſſion einer Schuldforderung wird zwar die Einwilligung des Schuldners nicht nothwendig erfordert. Sie kann vielmehr gültig auch ohne ſein Wiſſen, ja wider Willen des Schuldners geſchehen. Die *L.* 3 *Cod. h. t.* und *L.* 1. *Cod. de novat. et delegat.* ſagen einmüthig: Nominis venditio *et ignorante, vel invito eo, adverſus quem actiones mandantur*, contrahi ſolet. So lange jedoch der Schuldner von der geſchehenen Ceſſion keine Wiſſenſchaft erhalten hat, kann er noch immer dem erſten Gläubiger Zahlung leiſten, oder auch ſich mit ihm vergleichen, und er wird dadurch von ſeiner Verbindlichkeit befreiet. Klagt nachher der Ceſſionar gegen den Schuldner, ſo kann ſich dieſer mit Recht der Einrede der Zahlung oder des Transacts bedienen. Dem Ceſſionar bleibt dann weiter nichts übrig, als gegen den Cedenten zu klagen, und von demſelben

95) S. den 12. Th. 2. Abth. §. 799. S. 278. Man ſehe auch BROKES Select. Obſervat. for. Obſ. 338.

ſelben die Herausgabe des Empfangenen zu verlangen. Der Grund iſt, weil durch die Ceſſion die Verbindlichkeit zwiſchen dem erſten Gläubiger, oder dem Cedenten, und dem Schuldner nicht aufgehoben wird, den Schuldner aber ſeine Unwiſſenheit entſchuldiget [96]). So belehrt uns Papinian *L. ult. D. de transact.* Venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, *qui ignorabat venditam eſſe hereditatem*, tranſegit: ſi emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, *exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam ſuam accommodanda eſt.* Desgleichen Hermogenian *L.* 23 §. 1. *D. h t.* Nominis venditor quidquid vel compenſatione vel exactione fuerit conſecutus, integrum emtori reſtituere compellatur. Dahingegen kann der Schuldner dem Cedenten von dem Augenblick an nicht weiter Zahlung leiſten, da ihm die geſchehene Ceſſion angezeigt worden iſt [97]). Dieſe Anzeige kann ſowohl von dem Cedenten, als dem Ceſſionar geſchehen. Daß auch ſchon eine außergerichtliche Denunciation hinreiche, um den Schuldner von der Zahlung an den Cedenten abzuhalten, läßt ſich nicht bezweifeln [98]). Denn die Geſetze ſpre=

96) S. WIESE Diſſ. de iuribus ex ceſſione tam valida quam invalida § 7. KIND Quaeſtion. forenſ. Tom. II. Cap. 50. und Weſtphal vom Kauf §. 825. e) und §. 834.

97) Arg. *L. 4. Cod. Quae res pignori. Io. Ulr.* CRAMER Tr. de ſolutione a debitore ceſſo et ceſſionem ſciente cedenti facta; (in *Opuſcul.* Tom. IV. Nr. 13. pag. 366. ſqq.) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. und Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 992. a. E.

98) Klein's merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſt. Facultät 1. Th. Nr. XVIII. S. 147. u. Weſtphals Rechtsgutachten. 1. B. h. t. §. 4. S. 93.

ſprechen dem Cedenten die Klage gegen den Schuldner ab, ſowohl wenn dieſem die Ceſſion von dem Ceſſionar kund gethan worden, als wenn der Ceſſionar ſchon ſelbſt gegen den Schuldner Klage erhoben, oder einen Theil der Zahlung von ihm erhalten hat [99]). Streitig aber iſt es, ob jede andere Wiſſenſchaft, welche der Schuldner auch ohne eine ihm geſchehene förmliche Anzeige von der erfolgten Ceſſion erhalten hat, genüge, das vorige Rechtsverhältniß zwiſchen ihm und dem erſten Gläubiger oder dem Cedenten aufzuheben? Viele [100]) läugnen dieſes aus dem Grunde, weil den Schuldner die Ceſſion nichts angehe, ſo lange ſie ihm nicht durch eine förmliche Anzeige von Seiten der Intereſſenten kund gethan worden. Es gelte auch hier kein Schluß vom Transact auf eine Zahlung der Schuld, darum ſtehe die *L. ult. D. de transact.* nicht entgegen. Allein die meiſten Rechtsgelehrten [1]), deren Meinung auch in der Praxis

99) *L. 3. Cod. de novat.* Daß dieſes Geſetz von einer Ceſſion der Klage, und nicht von einer bloßen Aſſignation rede, wie *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XII. cap. 6. behauptet, hat *Reinb.* BACHOVECHT Tr. de Actionibus. Diſp. IV. Th. 3. pag. 126 ausführlich gezeigt.

100) *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Reſolution. Lib. I. Reſolut. 13. nr. 42—44. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. *Ant.* FABER c. lib. XII. cap. 3. *Iac.* CURTIUS Conjectur. Lib. III. c. 19. *Caſp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum.* Libr. III. Tr. XXIII. Qu. 10. *Chr. Henr.* BREUNING Quaeſt. iur. controv. An ceſſus, poſtquam ſciverit factam ceſſionem, adhuc cedenti ſolvere poſſit? *Lipſiae* 1771. und MALBLANC Princip. iuris Rom. Tom. II. Sect. ult. §. 547. in fin.

1) *Andr.* FACHINAEUS Controverſiar. op. Lib. III. Cap. 94. *Hug.* DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XV. cap. 44. §. *Sed horum.* *Io.* BRUNNEMANN Comm. ad L. 3. Cod. de novat.

Praxis gilt [2]), halten es für hinreichend, wenn der Schuldner, es ſey auf welche Art es wolle, wenn auch gleich ohne eine ihm von den Intereſſenten ſelbſt geſchehene förmliche Anzeige z. B. von einem Zeugen, welcher bey dem Ceſſionsact gegenwärtig war, und die Ceſſionsurkunde mit unterſchrieben hat, gewiſſe Wiſſenſchaft erhalten, daß die Ceſſion geſchehen ſey. Dem Schuldner ſtehe nun nicht mehr frey, ſeinem erſten Gläubiger Zahlung zu leiſten, ohne dem Ceſſionar verhaftet zu bleiben, welcher nun in eigenem Namen gegen ihn klagen kann. Dieſe Meynung läßt ſich allerdings rechtfertigen. Denn nur Unwiſſenheit ſoll den Schuldner gegen die Klage des Ceſſionars ſchützen, wenn er ſich nach der Ceſſion mit ſeinem Gläubiger wegen der Schuld verglichen hat, ſagt **Papinian** *L. ult. D. de transact.* Es iſt kein Grund vorhanden, dieſes Geſetz blos auf den Vergleich zu beſchränken, von dem es ſpricht; da gleicher Grund der Billigkeit bey jeder andern Tilgungsart der Schuld eintritt [3]). Dieſem iſt auch die *L.* 3. *Cod. de novat.* nicht entgegen. Denn ſie redet nur von den Fällen, da dem Cedenten keine Klage mehr gegen den Schuldner zuſtehen ſoll. Hieraus folgt aber nicht, daß nicht der Ceſſionar gegen

novat. nr. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 47 —50. *Ge.* BEYER Delineat. iuris civ. ſec. Pand. h. t. Poſit. 96—100. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 15. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaeſtion. forenſ. Tom. II. cap. 50.

2) S. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 5. Not. 6. und BEYER cit. loc. Poſit. 96. et not. 9. pag. 343.

3) S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. §. *Equidem*, et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. o. Tom. II. pag. 406.

gegen den Schuldner klagen könne, wenn dieſer, wohl wiſſend, daß ſein Gläubiger die Schuld einem Andern abgetreten habe, dem erſtern dennoch Zahlung geleiſtet hat. Hierzu kommt noch, daß die Geſetze überhaupt in ſolchen Fällen keine Anzeige für nöthig halten, wo derjenige, dem ſie geſchehen ſollte, das ſchon ohnedem weiß, was er wiſſen ſoll [4]). Dem Schuldner wird alſo die replicatio doli mit Recht entgegengeſetzt werden können, wenn er ſich gegen den Ceſſionar mit der Einrede der Zahlung ſchützen wollte.

Aus allem ergiebt ſich indeſſen ſoviel, daß es immer für den Ceſſionar ſehr rathſam ſey, wenn derſelbe den Schuldner von der erfolgten Ceſſion ungeſäumt in Kenntniß ſetzt. Zahlt nun der Schuldner dem erſten Gläubiger dennoch, ſo wird er von ſeiner Verbindlichkeit gegen den Ceſſionar nicht frey [5]). Noch nützlicher für den Ceſſionar iſt jedoch die Zuziehung des Schuldners ſelbſt bey der Ceſſion. Denn unterſchreibt er den Ceſſionsſchein mit, ſo wird dadurch a) die Liquidität der Schuld beſſer, als auf irgend eine andere Art, auſſer Zweifel geſetzt, und da hierdurch b) zugleich die legitimatio ad cauſam berichtiget wird, ſo kann ſogar aus dem Ceſſionsſchein executiviſch geklagt werden [6]). Der Schuldner erkennt überdem c) die Schuld hierdurch für richtig, und kann hernach keine von der

4) *L. 1. §. ult. D. de act. emti et vend. Cap. 31. de Reg. iuris in 6to* BONIFACII *VIII.*

5) STRYK de cautelis contract. Lib. IV. cap. 2. §. 8.

6) S. von Trützſchler Anweiſung zur vorſichtigen und förmlichen Abfaſſung rechtlicher Aufſätze. 2. Th. 4. Hptabth. 6. Hptſt. §. 69. S. 214.

der Perſon des Cedenten hergenommenen Einreden der Forderung entgegenſetzen [7]).

§. 1021.

Wer kann cediren? Wem kann cedirt werden, oder nicht?

Die Ceſſion iſt eine Art der Veräuſſerung, daher kann Jeder cediren, welcher die freye Diſpoſition über ſein Vermögen und inſonderheit über das zu cedirende Recht hat [8]). Perſonen, welche unter der Vormundſchaft oder Curatel ſtehen, können daher ohne Zuſtimmung ihrer Vormünder und Curatoren nicht gültig cediren [9]). Eben ſo kann jedem cedirt werden, der Rechte zu erwerben fähig iſt [10]). Inſofern jedoch die Ceſſion durch einen läſtigen Titel geſchiehet, muß auch der Ceſſionar eine Perſon ſeyn, welche ſich verbindlich machen kann. Iſt alſo der Ceſſionar ein Minderjähriger, oder ein gerichtlich erklärter Verſchwender, ſo kann ihm ohne Beytritt des Vormundes oder Curators ex cauſa oneroſa nicht gültig cedirt werden, es müßte denn der Vormund dabey einen Vortheil für ſeinen Mündel oder Pflegbefohlenen finden, weshalb er auf der Aufrechterhaltung der Ceſſion beſtehen kann [11]).

Da

7) S. WERNHER Sel. Obſervat. for. Tom. II. P. VII. Obſ. 182. und Weſtphals Rechtsgutachten und Erkenntniſſe. 1. Th. h. t. §. 4. S. 93.

8) S. LENZ Tr. de nominib. et act. ceſſis. Cap. 6.

9) LENZ cit. Tr. Cap. 6. Membr. 1. ſqq.

10) LENZ Cap. 8. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 979. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 648.

11) S. LENZ cit. Tr. Cap. VIII. membr. 1. nr. 6. membr. 2. nr. 15. membr. 3. nr. 1.

Da jedoch durch die Ceſſion die Lage des Schuldners nicht verſchlimmert werden darf, ſo verbieten die Geſetze I.) die Ceſſion an einen Mächtigern [12]), d. i. an eine ſolche Perſon, welche auf irgend eine Art den Schuldner an Macht und Anſehen bedeutend übertrift. Der Grund dieſes geſetzlichen Verbots iſt, damit nicht dem Schuldner durch einen ſolchen mächtigen Gläubiger, von dem er mehr, als von dem Cedenten, zu beſorgen hat, die ihm zuſtehende Rechtsvertheidigung der cedirten Forderung wegen erſchwert werden möge [14]. Die Folge einer ſolchen Ceſſion iſt Verluſt des cedirten Rechts. Jedoch wird dieſe Strafe nicht von richterlichen Amts wegen, auch nicht zum Vortheil des Fiskus, ſondern blos des Schuldners erkannt, wenn dieſer darauf anträgt [15]). Die Verordnung der Kaiſer Arcadius, Honorius und Theodoſius lautet folgendermaſſen:

L. 2. Cod. Ne liceat potentioribus. Si cuiuscunque modi actiones ad potentiorum fuerint delatae perſonas, *debiti creditores iactura multentur.* Aperta enim

12) *L. 2. et 3. Cod. Ne fiſcus vel respubl. procurat. L. 1. et 2. Cod. Ne liceat potentiorib.*

13) STRYK Diſſ. de potentiore ceſſionario. *Halae 1693.* *Ge.* FRANTZKIUS Variar reſolution. Lib. I. Qu. 10. nr. 15. ſqq. WERNHER Sel. Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 283. et P. III. Obſ. 209. LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 21.

14) STRYK cit. Diſſ. Cap. III. §. 15. MEVIUS P. II. Deciſ. 175. *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſion. P. I. Reſp. 9. nr. 5.

15) FRANTZKIUS Var. Reſolut. c. l. nr. 60. HILLIGER in Donello enucleat. Tom. II. Lib. XVIII. cap. 11. lit. M. pag. 360. Thibaut Syſt. des Pand. R. 1. B. §. 81.

enim credentium videtur eſſe verocitas, qui alios actionum ſuarum redimunt exactores.

Man ſchränkt jedoch dieſe Verordnung nur auf den Fall ein, da die Ceſſion argliſtig und aus Chikane geſchehen iſt, welches in dem Falle vermuthet wird, da der cedirende Gläubiger wohl gewußt hat, daß die Forderung nicht ohne Streit beygetrieben werden könne [16]). Man behauptet daher in der Praxis durchgehends, daß bey ganz unſtreitigen Forderungen, gegen welche der Schuldner nichts zu erinnern hat, und bey denen es ihm alſo gleichgültig ſeyn kann, an wen ſie bezahlt werden ſollen, der Grund des Geſetzes wegfalle [17]), und überhaupt jenes Verbot in allen den Fällen keine Anwendung finde, wo dem Cedenten keine Gefährde zur Laſt fällt [18]). Die Geſetze verbieten ferner II. eine Forderung gegen einen Minderjährigen an deſſen Vormund zu cediren. Eben dieſes gilt auch von jedem andern Curator, an deſſen Pflegbefohlnen man eine Forderung hat, z. B. von Curatoren der Wahnſinnigen, oder gerichtlich erklärter Verſchwender. Eine ſolche Ceſſion iſt nicht nur nichtig, ſondern ſie hat auch die Strafe des Verluſts der cedirten Forderung, und

16) RICHTER Deciſ. XXXVI. nr. 6. et 8. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 5. not. 2. *Fratr.* BECMANNORUM Conſ. et Deciſ. c. I. nr. 5.

17) STRYK cit. Diſſ. Cap. IV. §. 23. MEVIUS Part. III. Deciſ. 51. BECMANNOR. Conſil. c. I.

18) FRANTZKIUS Variar. Reſolut. Lib. I. Qu. 10. nr. 53. *Henr.* BROKES ſelect. Obſervat. forenſ. Obſ. 313. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CC. medit. 1. et 2. WERNHER Lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 7.

und zwar ebenfalls blos zum Vortheil des Schuldners, zur Folge. Hieher gehört die Verordnung des Kaisers Juſtinian in der *Nov. LXXII. cap.* 5. wo es heißt:

Si vero quis curator factus, res minoris perſcrutatus fuerit, atque effecerit, ut ceſſiones ſibi ipſi vel per donationem, vel per venditionem, vel alio quocunque modo fierent, ſciat, omnino irritum eſſe, quod ab eo geritur, nec per ſe, nec per interpoſitam perſonam tale quid faciat, ſed illa plane invalida ſint, perinde ac ſi plane non eſſent facta. Manifeſtum enim eſt, ſi in talem cogitationem veniat, cum omnia ad interitum animae ſuae, et rerum, quae illius eſſe apparent, utilitatem [19]) facturum, et adminiſtraturum eſſe.

§. 1. Neque ſolum quamdiu curator fuerit, ſed et poſtea illum ab eiusmodi ceſſione arcemus: ne forte hoc in animo habens, rem abſcondat, et ubi eam male praeordinavit, deinde quando curator eſſe deſiit, et quod dolo machinatum eſt, latet, tum forte cum non amplius eſt tutor, ceſſionem accipiat, et in re doloſe verſetur. Nam tunc irritum eſſe volumus, quod factum eſt, et ut nullam actionem contra eum, qui antea in cura fuit, ceſſam obtinere poſſit: *ſed pro non facto habeatur, et lucrum ſit minoris,* licet

19) HOMBERGK ZU VACH in Novellis Conſtit. Iuſtiniani ex Graeco in Latinum converſis pag. 537. will ſtatt ὠφέλειαν i. e. *utilitatem* lieber ἀπώλειαν i. e. *perniciem* leſen, welcher Ausdruck auch *Cap. 1. Nov. LXXII.* gebraucht wird. Allein der Sinn, den die gemeine Leſeart giebt, iſt vollkommen richtig, und daher keine Aenderung nöthig.

licet ceſſio ex veris cauſis facta ſit: *non ut rurſus ad cedentem redeat*, (quaſi nihil interim contra legem factum eſſe videatur) *ſed ut iis excidat*, *quae legem noſtram violando exinde acquiſivit*, *atque illa minor lucretur*. — — Atque haec dicimus *de omni curatore*, *in quibuscunque etiam leges curam inducunt*, *ſive in prodigis forte*, *ſive furioſis*, *ſive mente captis*, vel ſi quid aliud lex iam dixit, vel natura quid inopinati inveniet.

Zu Folge der letztern Clauſel dieſes Geſetzes halten viele[20]) auch die Ceſſion einer fiskaliſchen Forderung an den Verwalter des Fiskus für ungültig und verboten. Nach dieſer Meinung iſt auch in der Praxis geſprochen worden[21]). Allein in der Theorie iſt dieſe Ausdehnung nicht wohl zu rechtfertigen[22]). Endlich verbieten auch die Geſetze III. daß kein Jude eine Schuldforderung an einen Chriſten einem andern Chriſten abtrete. Das Römiſche Recht kennt zwar ein ſolches Verbot nicht, ſondern verſtattet den Verkehr zwiſchen Juden und Chriſten ohne Einſchränkung[23]). Allein die deutſchen Reichsgeſetze[24]) verord-

20) *Alph. de* OLEA de ceſſione iur. et. action. Lib. II. Quaeſt. 6. nr. 8. 12. et 15. *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 19. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VIII. Specim. DLXXI. medit. 35. *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER Select. Obſervat. for. T. I. P. II. Obſ. 377.

21) HORN Conſil. Claſſ. XI. Reſp. 63. LEYSER c. l. und WERNHER c. l.

22) S. *Io. Ad. Th.* KIND Quaeſt. for. Tom. II. Cap. 51.

23) *L. 8. et 9. Cod. de Iudaeis.* STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 12.

24) Abſch. des Reichstags zu Augsburg v. J. 1551. §. 79. und Reichspolicey-Ordnung v. Jahr 1577.

verordnen zur Abſtellung aller jüdiſchen Prellereyen und Vervortheilungen gegen bedrängte Schuldner,

> daß kein Chriſt hinfort einem Juden ſeine Action und Forderung gegen einen andern Chriſten abkaufen, noch auch der Jude ſeine Schuld und Anforderung in einigen Weg einem Chriſten cediren, oder durch andern Contract zuſtellen ſolle, bey Verluſt derſelben Forderung.

Es iſt kein Unterſchied, die Ceſſion ſey unentgeltlich oder gegen eine Vergeltung geſchehen, die Schuldforderung ſey verzinslich oder unverzinslich[25]. Die Ceſſion iſt in jedem Falle nichtig, und zieht auch den Verluſt der cedirten Forderung nach ſich. Zwar iſt hier nicht beſtimmt, wem die verwirkte Forderung zu Theil werden ſoll. Daher ſind die Meinungen der Rechtgelehrten hierüber verſchieden. Unſtreitig verdient jedoch die Meinung derjenigen[26]) den Vorzug, welche für den Schuldner entſcheiden. Non puto enim, ſagt Modeſtin L. 10. *D. de iure fiſci*, delinquere eum. qui in dubiis quaeſtionibus

Tit. 20. §. 4. S. *Sam. Frid.* WILLENBERG Exercit. de ceſſione nominis cum Iudaeo inſtituta. (in EIUS *Select. iurisprud. civilis* P. I. Exercit. XIV.) und *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Diſſ. de ceſſione nominis a Iudaeo in Chriſtianum facta rata vel irrita. *Francof. ad Oder. 1738.*

25) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 13. und BECK Tr. de iurib. Iudaeor. Cap. XII. §. 22.

26) BECK c. l. §. 23. S. 273. von Cramer Wetzlar. Nebenſtunden. Th. XIII. S. 74. Danz Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts. 7. B. §. 643. S. 265.

bus *contra fiſcum* facile reſponderit. Viele [27]) wollen jedoch behaupten, das Geſetz finde heut zu Tage keine Anwendung mehr. Andere [28]) glauben, es finde wenigſtens bey gerichtlichen Ceſſionen nicht Statt. Noch andere [29]) meinen, es ſey auf Schutzjuden nicht zu erſtrecken, weil der Schutzbrief ſie berechtige, Handel und Wechſelgeſchäfte, gleich den chriſtlichen Unterthanen des Landes, zu treiben. Ja viele [30]) nehmen überhaupt Wechſelforderungen von dem Verbote dieſes Geſetzes aus. Allein das Geſetz leidet in der Allgemeinheit, mit welcher die Worte deſſelben gefaßt ſind, keine dieſer Einſchränkungen. Es iſt auch kein Grund vorhanden, warum das Geſetz in den Ländern, wo es nicht, wie z. B. in Sachſen, iſt aufgehoben worden, nicht gelten ſollte, da der Grund deſſelben noch jetzt der nämliche iſt [31]). Die in den Schrif-

 ten

27) *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 5. Not. 2. von Cramer Nebenſtunden Th. 3. Abh. IV. §. 6. Danz angef. Handbuch 7. Band §. 643. Nr. III. S. 264. f. *Io. Ern. Iuſt.* MÜLLER Obſervation. practicar. ad *Leyſerum.* Tom. II. Faſc. II. Obſ. 418.

28) CARPZOV Reſponſa iur. Lib. V. Reſp. 38. nr. 18. ſqq. RICHTER Deciſ. P. I. Deciſ. 36. nr. 12. ſqq. STRYK Cautel. contract. Sect. IV. cap. 2. §. 17. u. WILLENBERG cit. Exercit. §. 8 ſqq.

29) PUFFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. II. Obſ. 150. Runde Grundſätze des allgem. deutſchen Privatrechts §. 643.

30) HOECKNER Diſſ. de litterarum cambialium indoſſamento Cap. III. §. 4. FRANCK Inſtitutiones iuris cambialis. Lib. I. Sect. I. Tit. 9. §. 3. *Chriſt. Gottl.* RICCIUS Exercitation. in univerſum ius cambiale. Exercit. V. Sect. VI. §. 29.

31) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. et 23. GRASS Collat. iuris civ. Rom. cum receſſib. Imp. Sect. VIII. §. 3. pag.

ten der practiſchen Rechtsgelehrten [32]) vorkommenden Erkenntniße beweiſen auch, daß häufig darnach geſprochen, und die Ceſſion, wodurch ein Jude ſeine an einen Chriſten habende Forderung einem andern Chriſten cedirt hat, für ungültig erklärt worden iſt, ohne Unterſchied, der cedirende Jude ſey ein Schutzjude, oder nicht, die Ceſſion ſey gerichtlich beſtätiget worden, oder nicht. Die Vorſchrift des Geſetzes findet jedoch in folgenden Fällen nicht Statt. 1) Wenn ein Jude die ihm gegen einen andern Juden zuſtehende Forderung einem Chriſten; 2) wenn ein Chriſt ſeine an einen andern Chriſten habende Forderung einem Juden; 3) wenn ein Chriſt ſeine an einen Juden habende Forderung einem Chriſten; und 4) wenn ein Chriſt das, was ihm ein Jude ſchuldig iſt, einem andern Juden cedirt [33]).

End-

pag. 398. ſqq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCIX. Cor. 2. BECK Tr. de iurib. Iudaeor. Cap. XII. §. 23. S. 272. ff. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 3. Band Medit. 161. Gerſtlachers Handbuch der deutſchen Reichsgeſetze. Th. 10. S. 1912. Gmelin von Aufſätzen über Verträge ꝛc. §. 132. S. 289. ff.

32) HARPPRECHT Conſil. Tübing. Conſ. 60. nr. 282. ſqq. Conſil. Facult. Tubing. Vol. V. Conſ. 59. nr. 31. ſqq. Vol. VIII. Conſ. 48. nr. 40. WERNHER ſel. Obſervat. for. Tom. I. P. IV. Obſ. 99. *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſion. P. I. Deciſ. 31. nr. 7. pag. 364. ſq. Pütter auserleſene Rechtsfälle 3. Bandes 3 Th. Reſp. CCCII. nr. 26. S. 759. ff. von Selchow Rechtsfälle. 2. Band Nr. XXVI. S. 7. ff.

33) *Mich.* GRASS Collation. iuris civ. Rom. cum Receſſib. Imperii Rom. Germ. Sect. VIII. §. 3. pag. 393. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 5. Not. 2. BECK de iurib. Iudaeor Cap. XII. §. 24. p. 275. Gerſtlachers Handbuch der deut-

ſchen

Endlich iſt noch zu bemerken, daß nach dem Römiſchen Recht Niemand einer Perſon, die noch unter väterlicher Gewalt ſtehet, eine an deſſelben Vater habende Forderung gültig abtreten kann. Der Grund hievon iſt die aus der väterlichen Gewalt entſtehende Einheit der Perſon. Daher ſagt Pomponius *L.* 7. *D. de obligat. et actionib.* Actiones adverſus patrem filio praeſtari non poſſunt, dum in poteſtate eius eſt filius [34]).

§. 1022.

Welche Klage ſtehet dem Ceſſionar gegen den Schuldner zu?

Wenn der Ceſſionar die ihm überlaſſene Forderung gegen den Schuldner klagbar macht, ſo ſtellt er dieſelbe Klage gegen den debitorem ceſſum an, die dem Cedenten gegen ihn zuſtand, denn der Ceſſionar tritt an deſſen Stelle. Nach der Natur der Obligatio im Sinn des Römiſchen Rechts kann jedoch die Klage von der Perſon des Gläubigers nicht getrennt werden. Der Ceſſionar konnte daher auch Anfangs die Klage durchaus nicht in eignem Namen anſtellen, ſondern er mußte dazu ein Mandat von dem Cedenten erhalten haben, und auf ſolche Art in deſſen Namen, als procurator in rem ſuam, klagen [35]). Allein da dem Eigenthümer ſolange noch immer freyſtand, das Mandat zurückzunehmen, als noch keine Litisconteſta-tion

ſchen R. Geſetze Th. X. S. 1913. u. MALBLANC Princip. iur. Rom. T. III. §. 549.

34) S. *Ian. a* COSTA Praelection. ad illuſtrior. quosdam Titulos locaque ſelecta iuris civilis. pag. 111.

35) MÜHLENBRUCH Comment. de iure eius, cui actionibus ceſſit creditor. I. 2. pag. 9. ſqq. Weſtphal vom Kaufe §. 828.

tion erfolgt war, ja wenn derſelbe ohne Erben ſtarb, das Mandat ipſo iure erloſch, ſo geſchahe es hierdurch häufig, daß die Wirkung des Ceſſionsgeſchäfts vereitelt wurde. Daher erlaubte der Kaiſer Pius zuerſt dem Käufer einer Erbſchaft, auch ohne Ceſſion, gegen die Schuldner derſelben in eigenem Namen zu klagen [36]). Dieſes neuere Recht hat man nachher durch mehrere Reſcripte der Kaiſer auf mehrere ähnliche Fälle ausgedehnt, und inſonderheit nach dem Beyſpiel desjenigen, dem ein Nomen verpfändet worden, zuletzt auch auf den erſtreckt, welchem eine Schuldforderung verkauft worden iſt [37]). Nach dem neuern Recht hat es daher keinen Zweifel, daß der Ceſſionar nun eben ſowohl, auch ohne Ceſſion, mit der actio utilis in eignem Namen, als mit der actio mandata im Namen des Cedenten klagen könne [38]). Da indeſſen auch ſelbſt nach dem neuern Römiſchen Recht der Grundſatz gilt, daß die actio directa nicht auf den Ceſſionar übergehe, ſondern bey dem Cedenten verbleibe; ſo hat der cedirende Gläubiger noch immer das Recht den Schuldner zu belangen, ſo lange von dem Ceſſionar noch nicht gegen den Schuldner geklagt und Einlaſſung im Proceß erfolgt, oder eine Abſchlagszahlung an den Ceſſionar, oder auch eine Anzeige von der Ceſſion an den Schuldner geſchehen iſt.

L. 3. Cod. Mandati. Si pater tuus tibi ſui iuris conſtituto actionem adverſus debitores ſuos mandavit: potuit

36) *L. 16. pr. D. de pactis.*

37) *L. 7. Cod. h. t.* S. Geſterding's Ueber die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifswald 1812. 8. §. 5.

38) *L. 8. Cod. h. t.*

potuit et ipſe praeſens adverſus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud iudicem actum eſt, reſcindi nulla ratio patitur.

L. 3. Cod. de novat. et delegat. Si delegatio non eſt interpoſita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanſerunt, quamvis creditori tuo adverſus eum ſolutionis cauſa mandaveris actiones, tamen antequam lis conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

Es muß jedoch, wie ſchon oben bemerkt worden, der Cedent dasjenige, was er von dem Schuldner empfangen hat, dem Ceſſionar herausgeben[39]); ſo wie auch dieſer, bey der Concurrenz mit jenem, nun mit Recht den Vorzug verlangen kann, ſeitdem ihm, ohne einer Vollmacht von dem Cedenten weiter benöthiget zu ſeyn, die actio utilis in eignem Namen zu erheben geſtattet iſt[40]).

Mehrere heutige Rechtsgelehrten[41]) behaupten jedoch, daß das Römiſche Recht in dieſem Punct nicht bey uns recipirt ſey. Denn nach dem deutſchen Gerichtsgebrauche gehe durch die Ceſſion das Recht der Forderung ſelbſt auf den

39) *L. 23. §. 1. D. h. t.*

40) *L. 55. D. de procurat.* S. *Io. Chriſtoph.* PISTOR Diſſ. de concurſu cedentis et ceſſionarii ſecundum diverſa iuris Rom. principia et uſum hodiernum forenſem. *Gieſſae 1750.*

41) *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. 30. §. 64. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10. PISTOR cit. Diſſ. Sect. II. §. 7. ſqq. u. Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 992. S. 1032. u. a.

den Ceſſionar über, dieſer werde daher nicht blos procurator in rem ſuam, ſondern völliger Eigenthümer des ihm abgetretenen Rechts, ohne daß dem Cedenten weiter ein Klagerecht vorbehalten bleibe, wenn gleich der Ceſſionar noch nicht klagbar geworden, auch noch keine Anzeige von der Ceſſion an den Schuldner geſchehen ſey. Schon durch das bloße Factum des Cedenten werde der Schuldner von dem alten Gläubiger frey. Zahle ihm dennoch der Schuldner, ſo habe der Cedent eine Nichtſchuld empfangen, obwohl der Schuldner durch dieſe Zahlung ſeiner Verbindlichkeit entlediget werde, wenn er ſich deswegen in einer verzeihlichen Unwiſſenheit befunden habe. Allein es iſt theils ſchon oben (§. 1017.), theils auch von andern [42]) dargethan worden, daß die vorgetragenen Grundſätze des Römiſchen Rechts nicht bloße Subtilitäten, ſondern Folgen aus der Natur der Sache ſind, deren heutige Gültigkeit ſich nicht mit Grund bezweifeln läßt.

Es mag übrigens der Ceſſionar gegen den Schuldner actione directa oder utili klagen, ſo muß er ſich gehörig zur Sache legitimiren [43]). Dieß geſchieht gewöhnlich und vorzüglich durch die Ceſſionsurkunde. Das Ceſſionsgeſchäft

42) S. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Inſtitut. Lib. III. Tit. 27. §. 2. et §. 3. et ad Pand. Lib. XVII. Tit. 1. §. 10. BACHOV Tr. de Actionib. Diſſ. IV. Th. 3. *Henr.* COCCEJI Diſſ. de ceſſione eor. quae ad hered. non tranſ. Cap. I. §. 1. HAUBOLD Diſſ. de legato nominis §. 8. Weber zu Höpfners Commentar a. a. O. Not. 4. und beſonders MÜHLENBRUCH cit. Commentat. I. 2. pag. 9. ſqq.

43) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCI. medit. 1. und *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. de vera indole exceptionis legitimationis ad cauſam. §. 9.

ſchäft iſt nämlich entweder gerichtlich oder auſſergerichtlich verhandelt worden. In dem erſten Falle wird ein förmliches Protokoll darüber abgefaßt, und ſolches dem Ceſſionar zu ſeiner Legitimation in beglaubter Abſchrift mitgetheilt [44]). Dieß legt alsdann der Ceſſionar der Klage bey. Geſchieht aber die Ceſſion auſſergerichtlich, ſo pflegt der Cedent entweder dem Ceſſionar zu ſeiner Legitimation einen eigenen Ceſſionsſchein auszuſtellen, welcher dann eine genaue Angabe der Schuld, welche abgetreten worden, nebſt dem Titel der Uebertragung enthalten muß [45]); oder es wird auch die Ceſſion gleich unter die dem Ceſſionar übergebene Schuldverſchreibung oder Obligation geſetzt. Ob zu dem Beweis einer Ceſſion auch ſchon der bloße Beſitz des Schulddocuments zureiche? iſt eine Frage, worüber die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt ſind. Einige [46]) verneinen ſie ſchlechterdings, wenn auch

44) C. H. Canzler von Trützſchler Anweiſung zur vorſichtigen und förmlichen Abfaſſung rechtlicher Aufſätze. 2. Theil 4. Hptabth. 6. Hptſt. §. 73. f.

45) *L. 31. D. de acquir. rer. dom. L. 55. D. de obligat. et act.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCI. medit. 4. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10. Claproth Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 281.

46) LEYSER c. l. medit. 2. MEVIUS Tom. II. P. VII. Deciſ. 126. et P. VIII. Deciſ. 236. *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. I. P. V. Obſ. 247. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 5. Not. 12. *Iac. Frid.* LUDOVICI Diſſ. de legitimatione ad cauſam. *Halae 1712.* §. 17. *Io. Ulr. de* CRAMER Obſervat. iur. univ. T. II. P. I. Obſ. 444. von Trützſchler Anweiſung a. a. O. §. 72. Thibaut Syſt. des Pand. R. 1. B. §. 75. a. E. u. Gensler im Handbuch

auch das Schuldbocument auf jeden getreuen Briefs-Inhaber lauten ſollte. Denn der Beſitz, ſagt man, wirkt nur dann eine rechtliche Vermuthnng für den Beſitzer, welche ihn alles weitern Beweiſes enthebt, wenn er von einem Dritten in Anſpruch genommen wird; nicht aber, wenn er ſelbſt auf das Factum ſeines Beſitzes eine Klage gründen will, beſonders wenn es nicht auf den bloßen Beſitzſtand, ſondern auf das Recht ſelbſt ankommt. Dieſes ius poſſeſſionis müſſe auch ſelbſt der Beſitzer beweiſen, wenn es von dem Beklagten geläugnet wird. Selbſt die Clauſel: allen getreuen Inhabern ſtreite für dieſe Meinung. Denn das Wort getreuen zeige deutlich auf die Bedingung eines rechtlichen Erwerbs hin, welcher alſo von dem Inhaber der Urkunde nachzuweiſen ſey. Allein richtiger unterſcheiden andere [47]), ob in dem Schuldbocument ein gewiſſer Gläubiger benannt iſt, oder nicht, ſondern die Obligation überhaupt auf jeden Vorzeiger, oder jeden getreuen Briefs-Inhaber lautet. Im erſten Falle hat es ſeine unbezweifelte Richtigkeit, daß der bloße Beſitz des Schuldſcheins zur Legitimation des Ceſſionars nicht hinreiche, enthielte er auch die Clauſel: daß der Schuldner ſich verbindlich mache, das empfangene Darlehn ſeinem Gläubiger, dem H. Mevius, und jedem treuen Inhaber dieſes Briefs

zu Martins Lehrbuch des gem. bürgerl. Proceſſes. 1. Th. (Jena 1814.) Nr. V. §. m. Not. 100. S. 161.

47) *Io. Ad. Th.* KIND Quaeſt. forenſ. Tom. III. Cap. 40. *Car. Chriſtph.* HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. cura *Gmelin.* Tom. III. §. 1956. *Io. Iac.* KEES Diſſ. iuris iudiciar. Quatenus ſola chirographi poſſeſſione actor ad cauſam legitimetur? praeſ. *Iac. Frider.* KEESIO def. *Lipſiae 1808.* 4.

Briefs dereinſt wieder zu bezahlen. Denn ohne den Willen des erſten Gläubigers konnte kein Dritter deſſelben Recht erwerben. Aus dem bloßen Beſitz folgt aber nothwendig keine Ceſſion, und auch die bloße Uebergabe, ohne eine iuſta cauſa praecedens, überträgt kein Eigenthum[48]. Es iſt ja der bloße Beſitz einer Urkunde nicht einmal zur Legitimation eines Sachwalters im Proceß hinreichend[49]; wie viel weniger zum Beweis einer Ceſſion? Wird endlich vollends executiviſch geklagt, wie kann ein ſolcher Proceß blos auf Präſumtionen gegründet werden? Ganz anders aber verhält ſich's, wenn der Schuldbrief die Perſon des Gläubigers gar nicht ausdrückt, ſondern auf jeden Inhaber (au Porteur) lautet. Bey ſolchen Obligationen kommt die Perſon des Gläubigers, eben deswegen, weil er darin nicht benannt iſt, gar nicht in Betrachtung. Schon der Inhaber gilt hier für den Gläubiger, ohne daß es bey dem Verkehr derſelben einer ſonſt gewöhnlichen Ceſſion bedarf. Eben darin zeigt ſich die ganz eigenthümliche Natur ſolcher au Porteur geſtellter Schuldbriefe, daß der Schuldner, ohngeachtet er bey allen andern Verbindlichkeiten nur dem wahren Gläubiger gültig Zahlung leiſten kann, bey ſolchen Obligationen allemal den Präſentanten bezahlt, ohne weder berechtiget noch ſchuldig zu ſeyn, nach dem wahren Eigenthümer zu fragen; und daß der Schuldner durch eine ſolche an den Präſentanten geleiſtete Zahlung von ſeiner Verbindlichkeit frey wird; wenn auch jener nicht der wahre Eigenthümer geweſen wäre.

48) *L. 31. pr. D. de acquir. rer. dom.*

49) S. den 5. Th. dieſes Commentars §. 388. S. 238.

wäre [50]). Eine andere legitimatio ad cauſam, als welche durch den Beſitz und die Präſentation des Schulddocuments geſchieht, kann bey ſolchen Obligationen gar nicht vorkommen. Denn der Schuldner hat jeden Inhaber derſelben für ſeinen Gläubiger anzuerkennen erklärt, und demſelben durch dieſes unbedingte Zahlungsverſprechen jede weitere Beybringung einer Legitimation ſtillſchweigend erlaſſen. Wollte man einwenden, der Schuldner habe nur allen getreuen Inhabern Zahlung zu leiſten verſprochen, der Inhaber müſſe alſo erſt den rechtlichen Erwerb darthun, ſo würde ihm mit Recht die Replic, tua nil intereſt, entgegengeſetzt werden können. Denn er wird ja durch die an den Präſentanten geleiſtete Zahlung von ſeiner Verbindlichkeit frey, wenn ſich auch in der Folge ergeben ſollte, daß der Vorzeiger, dem die Zahlung bona fide geleiſtet wurde, kein rechtmäßiger Inhaber geweſen ſey.

Daß auch Zeugen zum Beweis der bey der Ceſſion erforderlichen Legitimation zur Sache dienen können, ſofern ſie nicht durch die Natur der gewählten Proceßart ausgeſchloſſen werden, läßt ſich nicht bezweifeln [51]). Ob aber auch der Eidesantrag als Beweismittel hier zuläßig ſey, iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Einige [52]) wollen den Gebrauch des Eides hier darum

50) S. Gönner's Archiv für die Geſetzgebung und Reforme des juriſt. Studiums. 1. Band Nr. XXVII. S. 474. ff.

51) S. Gensler's Handbuch zu Martins Lehrbuch des gem. bürg. Proceßes 1. Th. Nr. V. §. m.

52) *Io. Balth.* L. B. a WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. I. P. III. Obſ. 54. HOMMEL Rhapſod. Quaeſt. for. Vol. I. Obſ. 12.

um ausſchließen, weil er das Recht eines Dritten betreffe, und der Schuldner, wenn er den Eid zurückſchieben müßte, und der angebliche Ceſſionar ihn abſchwüre, hierdurch gegen den Anſpruch des wahren Gläubigers nicht geſichert ſeyn würde. Allein die Richtigkeit dieſer Gründe iſt ſchon von andern [53]) ſo erſchöpfend dargeſtellt worden, daß wohl jetzt Niemand leicht jener Meinung mehr Beyfall geben dürfte. Weder die Geſetze noch deren Analogie ſchließen den Eidesantrag über die Legitimation zur Sache aus. Die Eidesdelation darf zwar freylich nicht bezwecken, über das Recht eines Dritten ſich zu vergleichen, und dieſem dadurch Eintrag zu thun; daß aber ſolche Rechtsverhältniſſe, in Hinſicht auf welche ein Dritter intereſſirt ſeyn, und in der Folge klagbar werden kann, unter den jetzt ſtreitenden Theilen durch den deferirten Eid entſchieden werden können, ſagen die Geſetze klar [54]). Auch die Gefahr einer doppelten Leiſtung iſt juriſtiſch nicht vorhanden. Denn es iſt entweder von einer ſolchen Klage die Rede, die nur gegen den Beſitzer Statt findet, oder von einer perſönlichen Schuldklage. In dem erſten Falle iſt der Beklagte gegen den Anſpruch eines jeden Dritten dadurch hinläng-

12. et 155. Claproth Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 321. Nr. XIX.

53) BERGER Supplem. ad Electa diſceptat. for. P. I. Tit. XVIII. Obſ. 7. LUDOVICI Diſſ. de legitimat. ad cauſam. §. 36. KIND Quaeſtion. for. Tom. I. cap. 24. KEES cit. Diſſ. §. 3. von Berg Juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle. 4. Th. Nr. III. S. 90. ff. und beſonders Gensler im angef. Handbuche 1. Th. Nr. V. §. m. S. 163. ff.

54) *L. 3. §. 3. L. 9. §. 7. L. 11. pr. et §. 3. L. 13. §. 1. D. de iureiur.*

länglich gedeckt, daß er nicht durch ſeine Schuld, ſondern iuſſu iudicis, und alſo bona fide, den Beſitz aufgegeben hat [55]. In dem letztern Falle konnte ja der Beklagte durch Annehmung des Eides den Angriff des angeblichen Ceſſionars vereiteln; hat er nun aber den Eid zurückgegeben, ſo muß er ſeinen freywilligen Entſchluß, und deſſen Folgen, als ein ſich ſelbſt dargebrachtes Opfer betrachten. Ueberhaupt aber wird ſich der Beklagte leicht vor Schaden hüten können, wenn er, wie ihm, um ſeines eigenen Vortheils willen, zu thun obliegt, vor ſeiner Erklärung auf die ihm geſchehene Eidesdelation die gehörige Erkundigung einzieht. Ungerecht aber würde es ſeyn, dem Kläger dieſes Beweismittel zu entziehen, wenn er auſſerdem ſich auſſer Stande befinden würde, die Legitimation zur Sache durch andere Beweismittel beyzubringen, zumal wenn der Beklagte ſelbſt bey der Ceſſion gegenwärtig geweſen wäre, oder ſonſt zuverläßige Nachricht davon erhalten hätte [56].

Zuweilen kann auch der Erfüllungseid den Mangel des Beweiſes ergänzen, welcher beſonders in dem Falle erkannt werden kann, wenn der Kläger das Schuldddocument beſitzt. Denn wenn gleich der bloße Beſitz des Schuldbriefs, wofern er nicht au Porteur geſtellt iſt, zur Legitimation nicht hinreicht, ſo geht doch wenigſtens aus dem Beſitz eine ſolche Vermuthung hervor, welche, durch den Erfüllungseid beſtärkt, einen vollkommenen Beweis wirken

55) *L. 167. §. 1. D. de div. reg. iuris. L. 7. §. 4. D. de iurisdict. L. 27. §. 1. D. de rei vindicat. L. ult. D. Si uſusfr. petat.*

56) Siebers gerichtl. Proceß. §. 393.

ken kann[57]). Uebrigens kann die Legitimation des Ceſſionars in jedem Theile des Proceſſes, ja auch noch nach dem Ablaufe der Beweisfriſt, ſelbſt in der Appellationsinſtanz geſchehen und gefordert werden[58]).

§. 1023.

Was muß der Cedent bey der Ceſſion einer Schuldforderung gewähren?

Die Klarheit der Geſetze läßt keinen Zweifel übrig, daß der Verkäufer einer Schuldforderung in der Regel nur allein für ihre Richtigkeit, nicht aber auch zugleich für ihre Güte ſtehen dürfe[59]).

L. 4. *D. h. t.* Si nomen ſit diſtractum, CELSUS *libro IX. Digeſtorum* ſcribit, *locupletem eſſe debitorem*, non debere praeſtare: *debitorem autem eſſe*, praeſtare, niſi aliud convenit.

L. 5. *D. eodem.* Et quidem *ſine exceptione quoque*, niſi in contrarium actum ſit: ſed ſi *certae ſummae* debitor

57) MEVIUS P. I. Deciſ. 160. not. 3. und PISTOR cit. Diſſ. de concurſu cedent. et ceſſionar. Sect. II. §. 13. Anderer Meinung iſt *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 29. Definit. 13.

58) CARPZOV P. I. Conſt. XVII. Def. 33. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10. und KIND Quaeſtion. for. Tom. I. Cap. 83.

59) S. *I. T.* WORDENHOFF Diſp. qua doctrina de cedente, ad ceſſi nominis bonitatem praeſtandam non obligato, ſub examen revocatur. *Trajecti ad Rhen.* 1751. (in Ger. OELRICHS *Theſ. nov. Diſſertat. jurid. Belgicar.* Vol. I. T. I. Nr. V. p. 311. ſqq.)

bitor dictus ſit, in eam ſummam tenetur venditor: ſi *incertae*, et nihil debeat, quanti interſit emtoris.

L. 74. *§.* 3. *D. de eviction.* Qui nomen, *quale fuit*, vendidit, duntaxat *ut ſit*, non *ut exigi etiam aliquid poſſit*, et dolum praeſtare cogitur.

Um alle Mißdeutung zu verhüten, welcher dieſe Geſetze, ihrer Deutlichkeit ungeachtet, dennoch nicht entgangen ſind [60]), iſt vor allen Dingen näher zu beſtimmen, was man unter der Richtigkeit und Wahrheit einer abgetretenen Forderung verſteht, welche nach Vorſchrift dieſer Geſetze der Cedent nur allein zu verantworten haben ſoll? Hierzu iſt nun nicht genug, daß eine Schuld wirklich vorhanden ſey; ſie muß auch a) keinem fremden gegründetern Anſpruche unterworffen, b) in ihrem ganzen Umfange, alſo in Anſehung der Quantität, des Alters, der Pfänder und Bürgen gegründet, und ſo beſchaffen ſeyn, wie ſie abgetreten worden iſt, und c) dem Schuldner dagegen keine peremtoriſche Einrede zuſtehen. Dieß ſind die Puncte, welche das praeſtare, debitorem eſſe, wie **Ulpian** in der erſten Geſetzſtelle ſich ausdrückt, oder, wie **Hermogenian**

60) Man leſe z. B. die den Sinn der angeführten Geſetzſtellen völlig entſtellende Interpretation bey *Ern. Rud.* BRENNEYSEN in Diſſ. de praeſtatione evictionis in ceſſione nominis. *Halae 1696.* und *Herm.* ZOLL in Diſſ. ad L. 4. D. de hered. vel act. vendit. *Rintel. 1707.* welche den irrigen Satz zu vertheidigen geſucht haben, daß der Cedent auch für die Güte der Schuld zu haften verbunden ſey. WORDENHOFF in Diſſ. cit. Cap. II. pag. 243. ſqq. hat ſie beyde gründlich abgefertiget. Dennoch iſt ihnen WALCH in Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subſ. I. §. 6. beygetreten.

genian in der letztern Stelle ſagt, praeſtare nomen, ut ſit, unter ſich begreift. Denn iſt ad a) eine fremde Schuldforderung verkauft worden, welche dem Cedenten nicht gehörte, und der Ceſſionar mußte den gegründetern Anſprüchen eines Dritten weichen; ſo treten hier die Grundſätze von der eigentlichen Evictionsleiſtung ein, und der Verkäufer muß dem Käufer, wie beym Verkaufe einer dem Verkäufer nicht gehörigen Erbſchaft, die aeſtimationem nominis, oder das Intereſſe präſtiren[61]). Ad b) verſteht ſich's, daß der Verkäufer diejenigen Eigenſchaften der Forderung gewähren müſſe, welche er angegeben hat. Venditor enim actionis, ſagt Hermogenian *L.* 23. *pr. D. h. t.* omne ius, *quod ex ea cauſa ei competit*, tam adverſus ipſum reum, quam adverſus interceſſores huius debiti cedere debet; und Paulus ſetzt noch *L.* 6 *D. eodem* hinzu: Emtori nominis etiam *pignoris perſecutio* praeſtari debet. Ad c) aber iſt eine Klage, welcher eine peremtoriſche Einrede entgegenſteht, ſo gut, als gar keine[62]). Denn nach dem Ausſpruch des Marcellus[63]) iſt der für keinen debitor mehr zu halten, welcher ſich mit einer exceptio perpetua ſchützen kann. War vollends gleich Anfangs die abgetretene Schuld in der dabey

61) *L.* 8. *D. h. t.* *L.* 70. *D. de eviction.* S. *Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 74. §. 3. de evict. §. 1. pag. 501. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 41.

62) *L.* 112. *D. de div. reg. iur.*

63) *L.* 66. *D. de div. reg. iur.* *L.* 55. *D. de Verb. Significat.* *L.* 42. §. 1. *D. de Obligat. et Action.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39. und WERNHER Lectiſſ. Commentat. ad Pand. h. t. §. 8.

bey zum Grunde gelegten Eigenſchaft gar nicht vorhanden, ſo fällt das Geſchäft als gleich von Anfang null und nichtig hinweg [64]). Hierdurch erklärt ſich nun, wenn Paulus *L.* 5. *D. h t.* ſagt: Et quidem ſine exceptione. Mehr als Wahrheit gehört nun aber zur Güte der abgetretenen Schuld. Dieſe betrifft die Zahlungsfähigkeit und guten Vermögensumſtände des Schuldners. Ulpian ſagt: *locupletem eſſe debitorem*, welches Hermogenian ſo erklärt, ut exigi etiam aliquid poſſit. Alſo daß die abgetretene Schuld auch wirklich beygetrieben und erhoben werden könne, gehört zur Güte derſelben, und für dieſe darf der Cedent nicht haften. Der Grund liegt in der Natur der Sache ſelbſt. Denn der Cedent braucht nicht mehr zu gewähren, als was er wirklich verkauft hat, (nomen quale fuit). Dies iſt nichts anders als die Schuld ſelbſt. Iſt dieſe an ſich wahr, ſo hat der Cedent ſeiner Verbindlichkeit ein Genüge gethan, der Schuldner ſey zahlungsfähig oder nicht. Denn das Unvermögen des Schuldners hebt das Recht des Gläubigers nicht auf, und kann daher auch dem Cedenten nicht zur Laſt fallen, weil der Ceſſionar nicht mehr Recht erwerben kann, als der Cedent hatte. Der Ceſſionar übernimmt alſo die ihm abgetretene Schuld in dem Zuſtande, wie ſie dem Cedenten zugehörte. Er muß alſo auch die Gefahr tragen [65]). Ob die Abtretung

64) S. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. St. Nr. 5. S. 41. und S. 49.

65) *L. 17. in fin. de hereditat. petit. L. 31. pr. D. de action. emti et vend.* S. *Ant.* FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 7. *Ge.* FRANTZKE Commentar. in Pand. Lib. XXI. Tit. 2. nr. 24—85. und *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 17. et 18.

tung der Schuld durch einen bloßen Verkauf, oder an Zahlungs Statt geschahe, macht keinen Unterſchied [66]. Denn auch die Abtretung einer Sache an Zahlungs Statt iſt mit Recht als ein Kauf zu betrachten. **Papinian** lehrt dieſes überdem ganz beſtimmt, wenn er *L.* 96. §. 2. *D. de Solut.* ſagt: Soror, cui legatum ab herede fratre debebatur, poſt motam legati quaeſtionem transegit, ut *nomine debitoris contenta* legatum non peteret: placuit, quamvis nulla delegatio facta, neque liberatio ſecuta eſſet, tamen *nominis periculum ad eam pertinere*. Itaque ſi legatum contra placitum peteret, exceptionem pacti non inutiliter opponi. Es iſt hierin auch gar nichts Unbilliges zu finden. Denn haben ſich die Vermögensumſtände des Schuldners erſt nach der Ceſſion verſchlimmert, ſo iſt dieß ein Unglücksfall, wofür der Cedent, als Verkäufer, ohnehin nicht haften darf, weil ja die Gefahr gleich nach geſchloſſenem Kaufe auf den Käufer übergeht [67]. Um ſo billiger trifft hier alſo den Ceſſionar der Schade, weil ihm von Zeit der geſchehenen Ceſſion an auch das emolumentum iuris gehört. **Neratius** ſagt *L.* 31. *pr. D. de act. emti et vend.* Actiones autem eas non ſolum arbitrio, ſed etiam *periculo tuo* tibi praeſtare debebo, *ut omne lucrum ac diſpendium te ſequatur*. Geſetzt aber auch, daß ſchon zur Zeit der Ceſſion die Umſtände des

 Schuld-

66) Anderer Meinung iſt zwar WORDENHOFF cit. Diſſ. Cap. III. §. 6. Allein die *L.* 96. §. 2. *D. de ſolut.* ſteht ſeiner Meinung geradezu entgegen. S. **Thibaut** Syſt. des Pand. Rechts 1. B. §. 180.

67) §. 3. *I. de emt. et vendit.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. in fin.

Schuldners mißlich geweſen wären, ſo war es ja der Ceſſionar ſeiner eigenen Vorſicht ſchuldig, ſich darum zu bekümmern [68]). Der Verkäufer konnte alſo mit Recht vorausſetzen, es ſey geſchehen, und der Ceſſionar habe ſich dieſe Umſtände gefallen laſſen [69]). Ueberdem konnten auch die Umſtände des Schuldners immerhin ſchlecht ſeyn, und der Ceſſionar es dennoch für möglich halten, von dem Schuldner die Bezahlung der ihm abgetretenen Schuld zu erhalten. Denn es kommt bey der Beurtheilung der Güte einer Forderung nicht gerade darauf an, ob der Schuldner Zahlung in baarem Gelde leiſten könne. Genug wenn die Güter des Schuldners noch ſoviel am Werth betragen, daß durch Abtretung an Zahlungsſtatt nach einer beliebigen Taxe die Schuld getilgt werden kann [70]).

Es giebt indeſſen Ausnahmen, wo derjenige, welcher eine Schuldforderung gegen Vergeltung abgetreten hat, ſowohl für die **Richtigkeit**, als **Güte** derſelben ſtehen muß. Die oben angeführten Geſetze geben zwey Fälle an. 1) Wenn der Cedent eines **Betrugs** überführt werden kann (dolum praeſtare cogitur). Da jedoch ein Dolus im Zweifel nie vermuthet wird, ſondern, wie L. 6. *Cod. de dolo malo* ſagt, ex indiciis perſpicuis erwieſen werden muß;

68) *L. 19. D. de div. reg. iur.*

69) *L. 26. §. 2. D. Mandati. L. 3. in fin. D. de fideiuſſ. L. 3. in fin. D. Ut in poſſeſſ. legator.* S. *Chriſtfr.* WAECHTLER Comment. ad L. 74. §. 3. D. de Evict. (in *Opuſcul.* a *Chriſt. Henr.* TROTZ edit. pag. 177. ſq.) *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano ad eand. L. §. 4. pag. 503. **Weſtphal** vom Kaufe §. 832.

70) MEVIUS P. IX. Deciſ. 185.

muß [71]); ſo iſt es noch für keinen hinlänglichen Beweis zu halten, wenn der Cedent die ſchlechten Vermögensumſtände des Schuldners zur Zeit der Ceſſion gewußt hat. Denn wie wenn ſie dem Ceſſionar auch eben ſo gut bekannt waren? oder der Cedent wenigſtens dieſe Wiſſenſchaft bey dem Ceſſionar mit Grund vorausſetzen konnte? oder der Cedent Grund hatte, zu glauben, der Ceſſionar werde nichts einbüßen, weil dem Schuldner Mittel zu Gebote ſtünden, ſeine Umſtände zu verbeſſern [72])? Es läßt ſich auch daraus noch kein dolus von Seiten des Cedenten vermuthen, daß bald nach der Ceſſion über das Vermögen des Schuldners ein Concurs ausbrach [73]), wenn nicht aus andern dabey eintretenden Umſtänden und Verhältniſſen des Cedenten, inſonderheit aus ſeinem Benehmen bey dem Ceſſionsgeſchäft dringende Anzeigen eines begangenen Betrugs hervorgehen. Dahin gehört, wenn der Cedent dem Ceſſionar, ſeiner Erkundigung ungeachtet, die wahren Vermögensumſtände und Verhältniſſe des Schuldners, welche ihm zur Zeit der Ceſſion vollkommen bekannt waren, verheimlichte, ſolche dem Ceſſionar ganz falſch

71) S. Günth. Heinrich von Berg Juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. XXIX. S. 335. f.

72) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 42. Webers Bemerkungen über die Fälle, wo der Cedent einer Schuldforderung nicht nur für die Wahrheit, ſondern auch für die Güte derſelben haften muß. (in dem Archiv für die theor. u. pract. Rechtsgelehrſamkeit, herausgegeben von Hagemann und Günther 5. Th. Nr. I. §. 3.) und Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 1. Th. §. 180.

73) Anderer Meinung iſt zwar BRUNNEMANN Centur. I. Decif. 72. Allein man ſehe WORDENHOFF Diſſ. cit. Cap. I. §. 9. pag. 337.

falſch vorſtellte, und denſelben dadurch zum Kaufe verleitete [74]. 2) Der andere Fall iſt, wenn der Cedent auch für die Güte der Schuld zu ſtehen, ſich durch Vertrag verpflichtet hat. Ulpian giebt dieſen Fall in den Worten zu erkennen: *niſi aliud convenerit*. Da jedoch ein ſolches Verſprechen von der Regel abweicht, ſo muß es ganz deutlich und beſtimmt ausgedrückt ſeyn, weil ſonſt in zweifelhaften Fällen die Auslegung gegen den Ceſſionar zu machen iſt [75]. Das bloße Verſprechen einer Evictionsleiſtung iſt daher nicht hinreichend, um den Cedenten auch für die Güte der abgetretenen Schuld verantwortlich zu machen, weil es in rechtlichen Sinn weiter nichts, als eine Gewährung der Richtigkeit der Schuld, ausſpricht [76]. Non eſt enim veriſimile, ſagt Papinian *L. 4. pr. D. de Uſuris*, plus venditorem promiſiſſe, quam *iudicio emti* praeſtare compelleretur. Da indeſſen bey Verträgen

74) S. WORDENHOFF cit. Diſſ. Cap. III. §. 1. pag. 368. und Weſtphal vom Kauf §. 832. a. E.

75) *L. 47. D. de Obligat. et Act. L. 99. pr. D. de Verb. Oblig.* Ob das Verſprechen, den Ceſſionar ſchadlos zu halten, zur Gewährung der Güte der demſelben abgetretenen Schuld verpflichte, iſt ſtreitig. MEVIUS P. IX. Deciſ. 197. zweifelt daran. Allein das Gegentheil zeigt WORDENHOFF cit. Diſſ. Cap. III. §. 2. pag. 369. Iſt das nomen als eine gute und zahlbare Schuld cedirt worden, ſo hat es wohl keinen Zweifel, daß der Cedent auch für die Güte derſelben ſtehen müſſe.

76) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCIX. med. 3. *Leonh. Lud.* MENCKEN Diſſ. de evictione in ceſſione nominis praeſtanda. *Vitemb. 1738.* §. 6. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 17. et EMMINGHAUS ad Eundem. Not. i. Anderer Meinung iſt MÜLLER in Obſervat. pract. ad *Leyſerum* T. II. Faſc. II. Obſ. 416.

gen vorzüglich darauf Rückſicht genommen werden muß, quid actum ſit inter contrahentes [77]), ſo bleibt es freylich dem billigen Ermeſſen des Richters überlaſſen, aus den Umſtänden zu beurtheilen, ob etwa eine andere Abſicht der Contrahenten ſich zu Tage legen ſollte [78]). Sollte aber auch die Verpflichtung des Cedenten, für die Güte der Schuld zu ſtehen, an ſich keinem Zweifel unterworfen seyn; ſo kann dennoch auch dieſe Verpflichtung, der Natur der Sache gemäß, nur von der Zeit verſtanden werden, da die Ceſſion geſchehen, oder die Zahlung gefällig iſt. Denn daß der Schuldner auf immer in guten Vermögensumſtänden bleiben werde, konnte der Cedent unmöglich, und wollte es auch vernünftig nicht verſprechen [79]). Ueberhaupt aber darf der Verkäufer künftige Fälle nicht vertreten [80]). Eine Ausnahme von jener Regel findet 3) in dem Falle Statt, wenn die Frau eine an einen Dritten habende Schuldforderung ihrem Mann als Heyrathsgut cedirt. Hier darf der Mann, wenn ihn auch die Geſetze [81]) dem Käufer eines nominis in ſo weit gleichſtellen, daß er gegen den Schuldner der Frau actione utili in eignem Namen klagen kann, dennoch die Gefahr des nominis ceſſi

77) *L. 6. §. 1. D. de contrah. emt. et vend.*

78) BRUNNEMANN de ceſſ. action. Cap. V. nr. 61. und Weber in den angef. Bemerkungen §. 4. S. 8.

79) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. MEVIUS P. I. Deciſ. 93. LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 43. Weſtphals Rechtsgutachten und Erkenntniſſe des bürgerl. Rechts 1. Band. h. t. §. 9.

80) *L. 11. D. de evict.* PAULUS reſpondit, futuros uſus evictionis poſt contractam emtionem ad venditorem non pertinere.

81) *L. 2. C. de Obligat. et Action.* Man ſehe oben S. 388.

ceſſi nicht tragen, wenn ihm nur wegen zeitiger Beytreibung der Schuld keine Nachläßigkeit zur Laſt fällt. Der Grund liegt in der Natur des Heyrathsguts, welches nach getrennter Ehe zurückgegeben werden muß [82]). Das Heyrathsgut bleibt daher auch Eigenthum der Frau, quamvis in bonis mariti ſit, wie **Tryphonin** *L.* 75. *D. de iure dot.* lehrt. Dieſem zu Folge ſagt nun **Paulus** *L.* 49. *pr. D. Soluto matrimon.* Maevia marito ſuo, inter alias res dotis, etiam inſtrumentum ſolidorum decem tradidit, quo Otacilius eidem Maeviae caverat, daturum ſe, cum nuptum ire coepiſſet, decem millia. Ex eo inſtrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit. Quaeſitum eſt, ſi dos a marito petatur, an compellendus ſit etiam illam ſummam, quae inſtrumento continetur, refundere? Reſpondi, *potuiſſe quidem eum, cui actiones mandatae ſunt, debitorem convenire: ſed, ſi ſine dolo malo vel culpa exigere pecuniam non potuit, neque dotis nomine eum conveniri poſſe, neque mandati iudicio.* Ein Anders wäre, wenn die Frau dem Mann das Heyrathsgut verſprochen, und dann mit Einwilligung deſſelben ihm ihren Schuldner delegirt hätte. Hier gilt dann, was **Ulpian** ſagt, *L.* 35. *D. de iure dot.* Coepit viri eſſe periculum, cum antea mulieris fuiſſet. Von eben dieſem Falle iſt **Paulus** zu verſtehen, wenn er *L.* 41. §. 3. *D. eodem* ſagt: Si a debitore mulieris ſub conditione dos promittatur [83]), et poſtea, ſed antequam maritus petere poſſet, debitor ſolvendo eſſe deſierit: magis peri-

82) S. *Ant.* FABRI Conjectur. iuris civilis Lib. XII. cap. 8.

83) *Promittere* wird hier für expromittere gebraucht, wie aus *L.* 36. *et L.* 53. *D. de iure dot.* erhellet.

periculum ad mulierem pertinere placet. Nec enim videri maritum nomen ſecutum eo tempore, quo exigere non poterit [84]). *Quod ſi iam tunc debitor, cum ſub conditione promitteret, ſolvendo non fuerit: periculum viri eſſe, quod ſciens* [85]) *tale nomen ſecutus videretur, quale initio obligationis fuerit.* Man pflegt noch 4) eine Ausnahme in dem Falle zu machen, da eine Schuldforderung zum Unterpfande gegeben, und dieſe auf den Fall nicht erfolgender Reluition dem Gläubiger cedirt worden iſt [86]). Nun hat zwar freylich die Veräußerung einer Schuldforderung mit der Verpfändung derſelben viele Aehnlichkeit. Denn beyde, ſowohl derjenige, an welchen ein nomen veräußert worden, als derjenige, dem es verpfändet iſt, haben das Recht, von einem Dritten eine Zahlung zu fordern, wozu ſich dieſer nicht gegen ſie, ſondern gegen einen Andern verbindlich gemacht hat. Bei der Ceſſion ſowohl, als bey der Verpfändung eines Nominis dauert ferner das Recht

84) Man ſieht hieraus, daß auch bey der Delegation die Gefahr nicht eher auf den Gläubiger übergeht, als von der Zeit an, da die Schuld exigibel iſt; um ſo weniger bey der Ceſſion.

85) *Sciens* wird hier nicht dem ignorans entgegengeſetzt, ſondern heißt ſo viel, als ultro, ſua ſponte, et ſine diligentiori inquiſitione, aut exactiori cautione, wie *Deſid.* HERALDUS Obſervat. et Emendation. libr. cap. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1318.) dieſe Stelle ganz richtig erklärt hat. Ob der Gläubiger, und in der gegenwärtigen Geſetzſtelle der Ehemann, die Zahlungsunfähigkeit des ihm delegirten Schuldners gewußt habe oder nicht, kommt nicht in Betrachtung, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum. *L.* 26. §. 2. *D. Mandati.*

86) S. WORDENHOFF cit. Diſſ. Cap. 3. §. 5.

Recht des urſprünglichen Gläubigers an ſich fort. Der Schuldner kann daher, ſo lange er von der geſchehenen Veräußerung, oder Verpfändung nicht unterrichtet iſt, mit Sicherheit dem erſten Gläubiger Zahlung leiſten [87]), und beyde fordern dann das Bezahlte blos von dem Empfänger wiederum ab [88]). Dieſe große Aehnlichkeit veranlaßte auch, daß, nach dem Beyſpiel des Pfandgläubigers, auch dem Ceſſionar eine actio utilis in eignem Namen gegen den Schuldner geſtattet ward [89]). Deſſen ungeachtet aber iſt doch Verpfändung einer Schuld keine wirkliche Ceſſion. Beyde Arten der Rechtsgeſchäfte ſind von einander ganz verſchieden. Denn bey jener verbleibt das Eigenthum der Forderung dem Verpfänder, bey dieſer aber geht die Abſicht der Contrahenten dahin, daß das Recht des Cedenten aufhören, und auf den Ceſſionar übergehen ſoll. Bey der Veräußerung des Nomen ſoll ſich daher der Erwerber das Objekt oder den Vortheil des Rechts zueignen; bey der Verpfändung hingegen ſoll es ihm nur Sicherheit gewähren. Es iſt demnach wohl eine ganz natürliche Folge, daß dem Ceſſionar der Schade trifft, wenn der Schuldner unvermögend iſt, die Schuld zu bezahlen. Denn er hat das Riſiko übernommen, ob die Schuld eingehen werde oder nicht. Anders iſt es bey der Verpfändung. Hier trägt der Verpfänder die Gefahr als Eigenthümer [90]). Der Pfandgläubiger behält demnach ſein Recht gegen ihn, wenn

87) *L. ult. D. de Transact. L. 4. Cod. Quae res pignori.*

88) *L. 23. §. 1. D. h. t. L. 18. pr. D. de pignor. act. L. 13. §. 2. D. de pignor.*

89) *L. 7. et 8. Cod. h. t.*

90) *L. 9. Cod. de pignerat. act.* MEVIUS T. II. P. IX. Dec. 168.

wenn die verpfändete Schuld unbezahlt bleibt. Der Schade der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners trifft ihn nur inſofern, als er dadurch an Sicherheit verliert [91]). Da auch eine bloße Anweiſung, von einem Dritten eine Schuld zu erheben, um ſich dadurch bezahlt zu machen, keine Ceſſion, ſondern ein reines Mandat iſt [92]); ſo kann man es für keine Ausnahme von der Regel halten, wenn der Aſſignatar für keine Gefahr ſteht, ſondern der Aſſignant die Güte der angewieſenen Forderung gewähren muß [93]). Schon das Sprüchwort ſagt, Anweiſung iſt keine Zahlung [94]). Zuweilen darf jedoch der Cedent für gar nichts ſtehen. Dies iſt der Fall, wenn dem Ceſſionar die Schuld als eine ungewiſſe und ſtreitige Forderung abgetreten wurde. Hier darf keine Gewähr geleiſtet werden, der Prozeß gehe aus, wie er wolle, wenn nicht ein Anderes ausgemacht worden iſt [95]). Denn die Ceſſion iſt hier als ein bloßer Hofnungskauf zu betrachten [96]). Es muß nur aber der Cedent nicht argliſtig gehandelt, und wiſſentlich eine ihm gar

91) S. Geſterding Ueber die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. §. 12.

92) S. den 15. Th. dieſes Commentars §. 950. S. 241.

93) *Ferd. Chriſtph.* HARPPRECHT Diſp. de aſſignatione nominis. §. 25. et §. 42 (in *Eiusdem* Diſſertation. academicar. Vol. II. Diſp. LVI.) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 43. in fin. Schweppe Römiſches Privatrecht 2. B. §. 356.

94) S. Eiſenhart's Grdſ. der deutſchen Rechte in Sprüchwörtern 4. Abth. Nr. LVI. S. 428. f.

95) *L. 10. D. h. t. L. 13. D. eodem. L. 27. Cod. de evict.* WORDENHOFF cit. Diſſ. Cap. I. §. 9. Weſtphal vom Kauf. §. 833.

96) *L. 11. D. h. t.*

gar nicht zuſtehende Forderung als eine blos ungewiſſe verkauft haben [97]). Denn hier muß er billig das Intereſſe leiſten [98]).

§. 1024.

Lex Anaſtaſiana.

Obwohl durch die Ceſſion einer Forderung die Natur der Verbindlichkeit an ſich nicht geändert wird; ſo wollen doch auch die Geſetze nicht, daß die Schuldner dadurch der Chikane und den Bedrückungen habſüchtiger, blos auf fremde Schulden ſpekulirender Ceſſionare Preis gegeben werden möchte. Um dieſem Uebel Einhalt zu thun, verordnete zuerſt der für das Wohl der Schuldner beſorgte Kaiſer Anaſtas, daß der Käufer einer Forderung von dem Schuldner nicht mehr ſollte einklagen können, als das von ihm dem Verkäufer dafür Gegebene, und die davon erlaubter Weiſe zu berechnenden Zinſen betragen. Es iſt dieſe Verordnung unter dem Namen der *Lex Anaſtaſiana* bekannt, und in der merkwürdigen *L. 22. Cod. Mandati* enthalten [99]). Man hat nicht nöthig, die Veranlaſ-

97) *L. 12. D. eodem.*

98) *L. 5. D. h. t.*

99) *Henr. Ern.* FLOERKE Diſſ. de Lege Anaſtaſiana. *Ienae 1691. Frid. Ulr.* PESTEL Diſſ. de eod. arg. *Rintel. 1732. Io. Aug.* BACH Exercit. iur. civ. de Lege Anaſtaſiana. *Lipſiae 1755.* in EIUS *Opuſcul.* a *Klotzio* collect. *Halae 1767.* Nr. IX. p. 363. ſqq. *Io. Pet.* BRUNS Diſſ. Bonus debitor ceſſus a ceſſionario oppreſſus, ſed ab Anaſtaſio defenſus in L. 22. Cod. mandati. *Duisburgi 1778. Bern. Henr.* REINOLDI Diſſ. ad Legem Anaſtaſianam XXII. Cod. Mandati. (in *Eius* Opuſcul. iurid. a *Ieglero* edit. pag. 279. ſqq.) Gmelins kurſoriſche Betrachtungen über das ſogenannte Anaſtaſianiſche Geſetz. (in den gemein-

anlaſſung zu dieſer wohlthätigen Legislation, wie gewöhnlich geſchieht, von der Lex Cincia, oder einer neuern unter dem Kaiſer Claudius wegen der Advocatengebühren getroffenen Einrichtung, von der ſchon an einem andern Orte dieſes Commentars [100]) gehandelt worden iſt, herzuleiten. Der Advocaten wird ſo wenig, als der Sachwalter, auch nur entfernt gedacht. Es ſoll vielmehr ohne Anſehen der Perſon des Ceſſionars, wes Standes, Alters, oder Geſchlechts er ſey, die Klage auf keine größere Summe zugelaſſen werden, als der Kläger ſelbſt dafür gegeben hat. Man leſe das Geſetz, und ſchon der Eingang zu demſelben wird uns den natürlichſten Aufſchluß geben. Er lautet folgendermaßen.

Per diverſas interpellationes ad nos factas, comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, ceſſiones aliis competentium actionum in ſemet exponi properare: hocque modo diverſis perſonas litigatorum vexationibus afficere: cum certum ſit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea ſuppetebant, iura ſua vindicare, quam ad alios ea transferre velle [1]). Per hanc itaque legem iubemus, trans-

meinnütz. juriſt. Beobachtungen u. Rechtsfällen. IV. Band S. 185. ff.) *Car. Frid.* CURTIUS Diſſ. de finibus exceptionis legis Anaſtaſianae caute regundis. *Lipſiae 1789.* und *Io. Chriſt.* SCHELE Specim. de iuſtis limitibus lege Anaſtaſiana nominis ceſſioni poſitis. *Helmſtadii 1794.*

100) 5. Th. §. 369. S. 116.

1) Der Geſetzgeber giebt hier ſehr treffend die Motive ſeiner Verordnung an, wenn er erzählt: Durch mehrere Fälle, die ihm vorgetragen worden, habe er die Erfahrung gemacht, daß es

in poſterum huiusmodi conamen inhiberi: nec enim dubium eſt, redemtores litium alienarum videri eos eſſe, qui tales ceſſiones in ſe confici cupiunt: ita tamen, *ut ſi quis datis pecuniis huiusmodi ſubierit ceſſionem, usque ad ipſam tantummodo ſolutarum pecuniarum quantitatem, et uſurarum eius actiones exercere permittatur:* licet inſtrumento ceſſionis venditionis nomen inſertum ſit: exceptis ſcilicet ceſſionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contigit: et his, quascunque, vel creditor, vel is, qui res aliquas poſſidet, pro debito, ſeu rerum apud ſe conſtitutarum munimine ac tuitione accepit: nec non his, quas inter legatarios, ſeu fideicommiſſarios, quibus debita, vel actiones, ſeu res aliae relictae ſunt, pro his fieri neceſſe ſit. Nulla etenim tali ratione

es Leute gäbe, die, um fremdes Gut zu erbeuten, ſich daraus ein eigenes Geſchäft machten, Forderungen, die Andern zugehören, an ſich zu handeln, und die Abtretung derſelben auf ſich ausfertigen zu laſſen; und alsdann allerley Chikanen anwenden, um die erhandelten Forderungen von den Schuldnern herauszupreſſen. Denn gewöhnlich ſeyen dieß ungewiſſe Forderungen, weil bey gewiſſen und unbezweifelten Schulden diejenigen, die ſie zu fordern hatten, ihr Recht vielmehr ſelbſt verfolgen, als daſſelbe auf andere erſt übertragen würden. — Wo ſteht hier ein Wort, daß das Anaſtaſianiſche Geſetz gegen die eigennützigen Verträge der Advocaten mit ihren Clienten gerichtet geweſen ſey? wie gleichwohl Bach, Reinold, Schele und faſt die meiſten behaupten. FLOERCKE cit. Diſſ. Cap. I. §. 11. glaubt, der Hauptzweck des Anaſtaſianiſchen Geſetzes ſey Verhütung der dem Wohl der Bürger höchſt nachtheiligen Menge der Prozeſſe. Allein man ſehe Gmelin in den angeführten kurſor. Betrachtungen §. 133. ff.

tione intercedente redemtor (ſicuti ſuperius declaratum eſt) magis exiſtit, qui alienas pecuniis praeſtitis ſubiit actiones. Si autem per donationem ceſſio facta eſt: ſciant omnes huiusmodi legi locum non eſſe: ſed antiqua iura eſſe ſervanda: ut ceſſiones, tam pro exceptis et ſpecialiter enumeratis, quam aliis cauſis factae ſeu faciendae ſecundum actionum, quaecunque ceſſae ſunt, vel fuerint, tenorem, ſine quadam imminutione obtineant.

Juſtinian hat dieſes Geſetz nicht nur erneuert, ſondern auch den Umfang deſſelben dahin erweitert, daß er die Ausflucht, der Ceſſionar habe die Forderung zum Theil gekauft, und zum Theil zum Geſchenk erhalten, verwarf, und ſie für einen bloßen Kunſtgriff erklärt, deſſen man ſich bedient habe, um die heilſame Verordnung des Anaſtas zu umgehen und unwirkſam zu machen. Dieſe Verordnung iſt in der *L.* 23. *Cod. eodem.* enthalten, und lautet folgendermaſſen.

Ab *Anaſtaſio* divae memoriae principe iuſtiſſima conſtitutio conſcripta eſt tam humanitatis, quam benevolentiae plena: *Ut ne quis alienum ſubeat debitum, ceſſione in eum facta, et ne amplius a debitore conſequatur his, quae praeſtitit ceſſionis auctori;* exceptis quibusdam caſibus, qui ſpecialiter illa ſanctione continentur. Sed cum hi, qui circa lites morantur, eandem piam diſpoſitionem in ſua natura remanere minime conceſſerint, invenientes machinationem, ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditorem, reliquam autem partem per coloratam cedant donationem: generaliter Anaſtaſianae conſtitutioni ſubvenientes, ſancimus, *nulli licere partem quidem*

dem debiti cedere pecuniis acceptis, et venditione actionum habita; partem autem donationis titulo videri transferre: ſed ſi voluerit debitum totum pure donare, et per donationem actiones transferre: non occulte, nec per artes clandeſtinas pecunias ſuſcipere, publice autem ſimulatam donationem celebrare, ſed undique puram et non diſſimulatam facere donationem, huiusmodi enim ceſſionibus non adverſamur. §. 1. Si quis autem occulte aliud quidem agere conatur, et pecunias pro parte accipit, et vendit particulatim actiones, partem autem donare ſimulat, vel ipſi, qui emtionem actionis partem ſubit, vel forſitan alii per ſuppoſitam perſonam, (quia et hoc ſaepius perpetratum eſſe dicimus) húiusmodi machinationem penitus amputamus, *ut nihil amplius accipiat, quam ipſe vero contractu re ipſa perſolvit: ſed omne, quod ſuperfluum eſt, et per figuratam donationem translatum, inutile eſſe ex utraque parte cenſemus: et neque ei, qui ceſſit actiones, neque ei, qui eas ſuſcipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes eſſe utrique eorum actionem.* §. 2. Sed et ſi quis donationem quidem omnis debiti facere adſimulaverit, ut videatur eſſe tota donatio, aliquid autem occulte ſuſceperit: *et in hoc caſu tantummodo exactionem ſortiri eius, quod datum eſſe comprobetur, et ſi hoc a debitore perſolvatur, nulla contra eum vel ſubſtantiam eius ex diſſimulata donatione oriatur moleſtia.*

Aus der Vergleichung beyder Verordnungen erhellet, I. daß die Lex Anaſtaſiana blos von einem Kaufe ſolcher Klagen ſpricht, deren Gegenſtand ein debitum pecu-

pecuniarium iſt. Die Worte der *L. 22. C. cit.* ut ſi quis *datis pecuniis* huiusmodi subierit ceſſionem; und die Worte der *L.* 23: ut ne quis *alienum ſubeat debitum*, ceſſione in eum facta, desgleichen: nulli liceat *partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis, et venditione actionum habita*, überzeugen uns, a) daß das Anaſtaſianiſche Geſetz blos auf Geldſchulden gehe, nicht auf dingliche Klagen, deren Gegenſtand zuerſt taxirt werden müßte [2]). Actionen im eigentlichen Sinn des Röm. Rechts entſtehen ja überhaupt nur aus Obligationen. Daher ſagt Ulpian *L.* 178. § 2. *D. de Verbor. Signif.* plerumque *actiones perſonales* ſolemus dicere. Auch das Wort *debitum* bezieht ſich blos auf Obligationen [3]). Mag alſo immerhin das Anaſtaſianiſche Geſetz in ſeiner Art für die Schuldner heilſam ſeyn. An ſich iſt es doch exorbitant. Denn der Ceſſionar, als Stellvertreter des Cedenten, ſollte eigentlich immer alles, was dieſer wirklich zu fordern hat, vom Schuldner einklagen können. Die Regeln der Interpretation laſſen demnach hier keine ausdehnende Erklärung zu. Daher iſt auch b) das Geſetz auf andere Geſchäfte, außer den Kauf nicht zu erſtrecken, ſollten ſie auch ſonſt mit den Kaufe eine Aehnlichkeit haben, wie z. B. eine datio in ſolutum, oder ein Tauſch [4]). II. So wenig jedoch die Anwendung dieſes Geſetzes über den wörtlichen Aus-

2) Anderer Meinung iſt Gmelin a. a. O. §. 137.

3) S. Hugo Lehrbuch der Geſchichte des Röm. Rechts. § 100. der 4. Aufl. Schweppe Röm. Privatrecht 2. B. §. 323.

4) LENZ Tr. de nominib. et act. ceſſ. Cap. 25. nr. 15. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 1. B. §. 80. Anderer Meinung ſind jedoch VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. BACH cit. Diſſ. §. 3. in *Opuſc.* pag. 376. und MALBLANC Princip. iur. Rom. T. III. §. 548.

Ausdruck deſſelben ausgedehnt werden darf, eben ſo wenig darf es aber auch gegen denſelben und ſeine Abſicht eingeſchränkt werden. Es ſtreitet demnach gegen die Worte des Geſetzes, wenn einige Rechtsgelehrten[5]) den Satz aufſtellen, daß bey ganz klaren und unbezweifelten Forderungen das Anaſtaſianiſche Geſetz keine Anwendung finde. Man hat ſich hier offenbar durch die Worte: quum certum ſit, *pro indubitatis obligationibus* eos magis, quibus antea ſuppetebant, iura ſua vindicare, quam ad alios ea transferre velle, irre führen laſſen, ohne zu bedenken, daß dieſe Worte nicht zur Sanction, ſondern zur Geſchichte von der Veranlaſſung des Geſetzes gehören. Die Sanction ſelbſt, welche deutlich und kategoriſch gefaßt iſt, will überhaupt, daß der Käufer einer Schuld mehr nicht von dem Schuldner zu fordern berechtiget ſeyn ſolle, als er ſelbſt dem Cedenten dafür bezahlt hat, ohne zwiſchen gewiſſen und ungewiſſen Forderungen zu unterſcheiden. Dieſe allgemeine Verordnung aus dem, was der Geſetzgeber im Eingange ſeiner Legislation blos hiſtoriſch zur Rechtfertigung derſelben anführt, einſchränken zu wollen, iſt gewiß eine ſehr unſichere, ja offenbar unrichtige Auslegungsart; zumal wenn der Geſetzgeber ſchon ſelbſt, wie hier geſchehen iſt, die Fälle ausgenommen hat, welche unter der Sanction ſeines Geſetzes nicht begriffen ſeyn ſollen. Mit Recht iſt daher

5) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib XII. c. 12. LENZ Tr. de nominib. et act. ceſſ. Cap. XXV. Pr. nr. 4. SANDE de Ceſſione act. Cap. XI. §. 25. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 181. FLOERCKE cit. Diſſ. Cap. III. §. 1. STRYK Cautel contract. Sect. IV. cap. 2. §. 19. MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXIII. Th. 82. lit. δ. nr. VI. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 19. Not. 2. Weſtphal Rechtsgutachten und Erkenntniſſe des bürg. Rechts 1. Th. h. t. §. 7. S. 94.

daher dieſe Meinung von andern [6]) verworfen worden. III Eine eben ſo irrige, ſelbſt dem Wortverſtande entgegenſtreitende Erklärung iſt es, wenn mehrere angeſehene Rechtsgelehrten [7]) das Anaſtaſianiſche Geſetz blos auf den Fall beſchränken wollen, da der Käufer der Klage den Cedenten aus gewinnſüchtigen Abſichten zum Contract verleitet hat. Die *L.* 22. nimmt darauf keine Rückſicht, ſondern erklärt jeden für einen redemtor litium alienarum, welcher in einem vom Geſetz nicht ausgenommenen Falle eine fremde Schuld für einen geringern Preis, als dieſelbe der Summe nach beträgt, an ſich handelt. Dahingegen ſpricht die *L.* 23. *C. Mandati* ausdrücklich vom Cedenten, wenn ſie alle Cumulation einer vorgeblichen Schenkung mit der vollzogenen Vendition verwirft. Ueberhaupt aber konnte der Umſtand, wer die erſte Veranlaſſung zu dieſem Handel gegeben, und ob ihn der Verkäufer dem Käufer angeboten, oder der letztere den erſtern zum Contract verleitet habe, gewiß dem Geſetzer nur deſto gleichgültiger ſeyn, je weniger dem Schuldner, deſſen Schutz gegen Chikanen doch immer der Hauptgeſichtspunkt der Ana-

6) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 73. *Bern. Henr.* REINOLDUS Varior. Cap. 32. (in *Opuſc.* pag. 104. ſqq.) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. w. Gmelin in den curſor. Betrachtungen §. 139. BACH cit. Diſſ. §. 3. (in *Opuſc.* p. 376.) und von Lindemann Abhandl. betreff. d. Frage: Ob auch in klaren und unbezweifelten Verbindlichkeiten das Geſetz des K. Anaſtas Anwendung erhalte? Roſtok 1782 MALBLANC Princip. iuris Rom. Tom. III. §. 548. p. 453. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 980.

7) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 69. FRANTZKE Reſolution. Lib. I. Qu. 8. nr. 44. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 181. CURTIUS cit. Diſſ. Sect. I. §. 3.

Anaſtaſianiſchen Legislation iſt, ſelbſt daran liegen kann [8]). IV. Man öffnet ferner der Chikane offenbar den Weg aufs neue, den ihr das Geſetz verſchließen wollte, wenn man behauptet, der Preis, den der Ceſſionar für die erhandelte Schuld bezahlt hat, ſey nicht blos nach der Größe und dem Betrage der Schuldſumme zu beurtheilen, ſondern dabey zugleich auf die Gewißheit, und Sicherheit der Forderung, Beſchaffenheit der Beweismittel, Leichtigkeit oder Schwierigkeit der Erhebung, den Charakter des Schuldners, ſo wie nicht minder auf die Umſtände der Zeit und des Orts Rückſicht zu nehmen, in deren Betrachtung dann ein Preis von 80. 70. 60. 50. oder auch eine noch geringere Summe für eine Forderung von 100 Fl. als ein verhältnißmäßig gerechter Preis erſcheinen könne, der alle Anwendung des Anaſtaſianiſchen Geſetzes ausſchließe [9]). Iſt nun aber dieß nicht der gerade Weg, das ganze Geſetz unwirkſam zu machen? Wie leicht wäre es nicht der Chikane faſt in jedem Falle, wo dem Kläger die Einrede des Anaſtaſianiſchen Geſetzes entgegengeſetzt wird, dergleichen Umſtände vorzubringen, welche die vorgeſchützte Einrede vernichten würden? Kann dieſes wohl der Wille des Geſetzgebers ſeyn? Das Geſetz ſagt ja deutlich genug, daß der Käufer einer Schuldforderung vom Schuldner nicht mehr, als das wirklich gezahlte Geld nebſt Zinſen einzufordern berechtiget ſeyn ſolle. Warum will man

8) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCIII. medit. 2. Gmelin's angef. Betrachtungen §. 139. S. 205. ff. u. Fried. von Bülow's u. Theod. Hagemanns Practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 4. Band XL. Erört. S. 221. ff.

9) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 61—63. SCHELE cit. Diſſ. §. 19. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviſſ. Tom. II. §. 980.

man denn dieſe deutliche Beſtimmung des Geſetzes durch eine ſo ſchwierige Erklärung der Chikane Preis geben? Man bleibe alſo auch hier bey den Worten des Geſetzes ſtehen, und man hat gewiß den ſicherſten Leitfaden. V. Da das Geſetz blos den Vortheil des Schuldners beabſichtiget, ſo kann wohl der Ueberreſt der Forderung, den der Ceſſionar nicht bezahlt hat, und wegen deſſen ihm nun auch der Vorwand einer ihm damit gemachten Schenkung nichts mehr hilft, keinem Andern, als dem Schuldner, zu Gute kommen. Dieß ſpricht ſchon der Geiſt der Anaſtaſianiſchen Verordnung aus. **Juſtinian** aber hat es in ſeiner Verordnung *L.* 23. *C. Mandati*, welche man mit Recht als eine authentiſche Interpretation der Verordnung des Anaſtas anſehen kann, in folgenden Worten deutlich ausgedrückt: Sed omne, quod *ſuperfluum* eſt, et per figuratam donationem translatum, *inutile eſſe* EX UTRAQUE PARTE *cenſemus*, et neque ei, *qui ceſſit actiones*, neque ei, *qui eas ſuſcipere curavit*, aliquid *lucri* vel fieri vel remanere, *vel aliquam* CONTRA DEBITOREM, *vel res ad eum pertinentes eſſe* UTRIQUE EORUM ACTIONEM. Und dennoch konnte unter den Rechtsgelehrten darüber ein Streit entſtehen, wem dieſer Ueberreſt gebühre? Dem Fiskus kann er wohl unmöglich zuerkannt werden, wie einige [10]) behaupten wollen, da für ihn kein Geſetz ſpricht, und die Geſetze [11]) ſelbſt verordnen, daß man im Zweifel immer gegen ihn entſcheiden ſolle. Eben ſo wenig iſt aber auch die Meinung derjenigen [12]) den Geſetzen gemäß, welche einen

10) CARPZOV Reſponſor. iur. Lib. V. Reſp. 33. nr. 35. ſqq. und MEVIUS P. III. Deciſ. I.

11) *L. 10. D. de iure fiſci.*

12) *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. Legg. Cod. ad L. 22. et

einen Unterſchied machen, ob der Verkäufer der Forderung, blos durch den Dolus des Käufers zur Ceſſion verleitet, ſeiner Seits bona fide und ohne alle Simulation gehandelt, oder mit dem Ceſſionar zur Hintergehung des Geſetzes colludirt habe; und in dem erſtern Falle den Ueberreſt dem Cedenten, in dem letztern aber dem Schuldner zubilligen wollen. Die Gründe, der Cedent habe in jenem erſtern Falle nichts Strafwürdiges begangen, kein Geſetz ſtehe ihm entgegen, welches ihn des Ueberſchußes verluſtig erkläre; — es ſey unbillig, daß ſich der Schuldner mit deſſelben Schaden bereichere; — dem Cedenten gebühre der Ueberreſt ſchon darum, weil die Ceſſion in Rückſicht deſſelben für nicht geſchehen erklärt werde; und nur in dem letztern Falle ſey ihm das Geſetz entgegen, da er mit dem Käufer colludirt und ſelbſt argliſtig gehandelt habe; — ſind offenbar unbedeutend. Denn das ganze Raiſonnement beruhet auf einem in die Augen leuchtenden Mißverſtande der *L.* 23. *C. cit.* Aus dem Inhalt deſſelben geht klar hervor, daß Juſtinian blos die Abſicht gehabt habe, die Verordnung des Kaiſers Anaſtas, welche man durch eine gebrauchte Liſt unwirkſam zu machen geſucht hatte, zu erklären, und durch eine ausdrückliche Erklärung auf Fälle auszudehnen, welche nach dem Geiſt des Geſetzes, wenn nämlich keine Chikane dagegen zugelaſſen werden ſollte, ſchon mit unter der Sanction deſſelben begriffen waren. Weit entfernt war

et 23. C. Mand. pag. 300. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 75—77. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 19. Not. 1. Weſtphals Rechtsgutachten u. auserleſ. Erkenntniſſe des bürg. Rechts. 1. B. h. t. §. 6. S. 94. und Nr. 28. S. 367. SCHELE Diſſ. cit. §. 22. CURTIUS Diſſ. cit. Sect. II. § 10. et 11.

war alſo ſeine Abſicht, in Anſehung der angegebenen Fälle etwas Neues zu verordnen, was nach dem wahren Sinn des Geſetzes ſonſt nicht würde Statt gefunden haben. Nein; es iſt für keine Einſchränkung, ſondern für eine bloße Erklärung des Anaſtaſianiſchen Geſetzes zu halten, was Juſtinian bey dem dieſem Geſetz widerſtreitenden Verkaufe der Forderungen, im Falle einer dabey vorkommenden ſimulirten Schenkung, zum Vortheil des Schuldners ausdrücklich verordnet hat, und geht alſo natürlich auch auf alle andere Fälle, welche in der *L.* 22. ſelbſt ausgedrückt ſind. Wollte man das Gegentheil behaupten, und, außer den Fällen der *L.* 23., dem Cedenten den Theil der Schuldforderung zu Gute kommen laſſen, der nach der Verordnung des Anaſtaſianiſchen Geſetzes dem Käufer entgeht, was würde der Schuldner durch das Geſetz gewonnen haben? Wäre nicht vielmehr ſeine Lage dadurch verſchlimmert worden, daß er nun, ſtatt eines Gegners, zwey bekommen hätte? Müßte er den Ueberreſt an den Cedenten herausgeben, ſo würde man ihm wirklich eher rathen müſſen, ſich der Einrede des Anaſtaſianiſchen Geſetzes gar nicht zu bedienen, ſondern dem Ceſſionar die ganze Schuld gutwillig zu bezahlen, weil er dann wenigſtens von einem neuen Angriffe, dem er ſonſt von Seiten des Cedenten ausgeſetzt ſeyn würde, nichts mehr zu befürchten hätte. Der Grund, daß die Ceſſion in Rückſicht des Ueberreſts für nicht geſchehen zu halten ſey, beweißt überdem mehr, als er ſoll. Denn wäre er wahr, ſo müßte in jedem Falle, ſelbſt der vorgefallenen Colluſion ungeachtet, der Ueberreſt dem Cedenten zugeſprochen werden, welches doch gegen die klaren Worte des Geſetzes ſtreiten würde. Da jedoch

das

das Geſetz ausdrücklich nur die Klage, wegen dieſes Ueberſchußes, gegen den Schuldner verſagt, ſo ſcheint es zweifelhaft zu ſeyn, ob nicht vielleicht die natürliche Verbindlichkeit mit den ihr nicht ausdrücklich genommenen Wirkungen fortdauernd bleibe, und dem Cedenten z. B. zum Behuf einer Compenſation oder Retention von Nutzen ſeyn könne? Man hat dieſes wirklich zu behaupten geſucht [13]), allein, wie mir dünkt, ohne hinlänglichen Grund. Denn der Cedent hat ja ſein Recht ganz auf den Ceſſionar übertragen, und dieſes Recht iſt auch durch die gerichtliche Verfolgung deſſelben auf den Ceſſionar übergegangen. Wie kann alſo eine Verbindlichkeit fortdauernd bleiben, wo kein Recht mehr exiſtirt? Es ſtreitet aber auch dieſe Meinung gegen die klaren Worte der *L.* 23. §. 1. *C. Mand.* wo **Juſtinian** ſagt: Omne, quod *ſuperfluum* eſt, INUTILE eſſe *ex utraque parte cenſemus*, et neque ei, *qui ceſſit actiones*, neque ei, qui eas ſuſcipere curavit, *aliquid lucri* vel fieri, vel REMANERE. Dieſe Worte laſſen keinen Zweifel übrig, daß die ganze übrige Verbindlichkeit zum Vortheil des Schuldners vernichtet ſey. Aus allem erhellet alſo klar, daß den Ueberreſt niemand, als der Schuldner, gewinne, und dieſe Meinung hat auch den Beyfall der meiſten Rechtsgelehrten [14]) für ſich. VI. Klagt dem-

13) S. Weber's ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 94. S. 403.

14) CUJACIUS Obſervat. Lib. XVI. c. 16. BRUNNEMANN Tr. de ceſſ. action. Cap. I. nr. 87. ſq. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 85. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 80. FLOERCKE cit. Diſſ. Cap. V. §. 3. et 4. *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 27. *Fratres* BECMANNI Conſilior. et Deciſ. P. I. Reſp. IX. Qu. 5. nr. 32. ſqq. BACH Diſſ. cit. §. 5. WALCH Controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subſ. I. §. 5. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iur. Tom. I. pag. 266. not. f. MAL-

demnach der Ceſſionar auf die ganze Schuld, ſo kann mit Recht der Schuldner vom Kläger den Beweis verlangen, daß er die volle Summe, welche er von ihm fordert, auch wirklich an ſeinen Gläubiger, den Cedenten, bezahlt habe. Dieß iſt die in der Praxis angenommene Regel, welche ſich auch aus der Theorie vollkommen rechtfertigen läßt[15]). Denn mehr, als der Ceſſionar dem Cedenten bezahlt hat, iſt derſelbe von dem Schuldner einzuklagen nicht berechtiget. Das Recht auf den Ueberreſt hat das Geſetz vernichtet. Die Behauptung des Klägers, er habe den ganzen Schuldbetrag bezahlt, gehört alſo zum Grunde der Klage. Dieſer wird aber von dem Beklagten abgeläugnet oder beſtritten. Denn die ſogenannte Einrede des Anaſtaſianiſchen Geſetzes iſt nichts anders, als eine negative Litisconteſtation[16]). Der Ceſſionar muß folglich beweiſen, daß er die

MALBLANC Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 548. Thibaut Syſt. des Pand. R. 1. B. §. 80. HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1955. Man ſehe auch von Lindemann Abh. betreff. die Frage: wer den Ueberſchuß erhält, wenn einem Ceſſionar die Einrede aus der L. Anaſt. entgegengeſetzt wird? Roſtok 1783. 4. und der Gebr. Overbek Meditationen über verſch. Rechtsmaterien 1. B. Med. 52.

15) LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 72. Struben rechtliche Bedenken IV. Th. Bed. 190. *Fratr.* BECMANNI Conſil. et Deciſ. P. I. Reſp. IX. Qu. 4. p. 185. Gmelin u. Elſäßers gemeinnütz. juriſt. Beobachtungen. IV. B. Nr. XII. §. 137. S. 201. Fried. von Bülow u. Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen d. Rechtsgelehrſ. IV. B. Erört. 40. S. 223. HAUBOLD ad *Bergerum* T. I. pag. 267. not. k. BACH cit. Diſſ. §. 5. HOFACKER cit. Princip. T. III. §. 1955. MALBLANC Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 548. Schönigahn über die Zuläßigkeit des Anaſtaſian. Geſetzes. Wolfenbüttel 1802. §. 33. Gebr. Overbek Meditat. über verſch. Rechtsmaterien 7. B. Medit. 385. Thibaut Syſt. des P. R. 1. B. §. 80. a. E. und Schweppe Röm. Privatrecht. 2. B. §. 355.

16) *Io. Frid.* SPANGENBERG Tr. Quaeſtionem ſiſtens: Num Legi-

die geklagte Summe mit Recht von dem Schuldner verlangen könne, weil jeder Kläger den Grund ſeiner Klage beweiſen muß, für den keine Rechtsvermuthung ſtreitet. Die Regel, nach welcher ſonſt der Beklagte den factiſchen Grund der Einrede, welche er vorſchützt, beweiſen müſſe [17]), kann hier alſo keinen Grund abgeben, dem Schuldner, welcher ſich auf das Anaſtaſ. Geſetz beruft, den Beweis aufzubürden, daß weniger für die Schuld bezahlt worden ſey, als von dem Ceſſionar eingeklagt wird. Zwar haben mehrere Rechtsgelehrten [18]) dieſes zu behaupten geſucht; allein ihre Gründe widerlegen ſich von ſelbſt. Man kann ihnen zugeben, daß die Anſprüche des Ceſſionars, durch die erwieſene Ceſſion, an ſich betrachtet, allerdings begründet ſind. Dieſe Begründung betrifft aber nur die Legitimation zur Sache, von welcher der hier zur Sprache kommende nächſte Klagegrund wohl zu unterſcheiden iſt; denn dieſer beruhet auf der quaeſtio facti, ob der Kläger auch das Recht, die ganze Schuld, ſo wie er ſie jetzt einklagt, von dem Beklagten zu fordern, durch Bezahlung des ganzen Betrags derſelben, erworben habe? Dieſen Grund der Klage muß der Kläger, da er von dem Beklagten in Streit gezogen wird, natürlich beweiſen, und hierzu iſt das Geſtändniß des Cedenten, weil man ſeinem Zeugniß, wegen beſorglicher Colluſion, nicht trauen kann,

für

gis Anaſtaſianae exceptio, quam vulgo nuncupant, vera ſit exceptio, an potius ad negativam litis conteſtationem referenda? *Ienae 1805.* 8.

17) *L. 9. C. de Except. L. 1. D. eodem.*

18) MEVIUS P. VIII. Deciſ. 444. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 2 Th. Nr. 66. *Paul. Lud. Ferd.* EBER Diſſ. de probatione ceſſionis Legi Anaſtaſianae repugnantis, praeſ. *Car. Frid.* WALCH def. *Ienae 1781.* und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 277. f.

für hinlänglich nicht zu achten, ſondern muß durch andere Beweismittel, wozu denn auch die Eidesdelation gehört [19]), auſſer Zweifel geſetzt werden.

§. 1025.

Wenn findet das Anaſtaſ. Geſetz keine Anwendung? Heutiger Gebrauch deſſelben.

Folgende Fälle ſind jedoch ausgenommen, wo das Anaſtaſianiſche Geſetz keine Anwendung findet [20]). I. Wenn Miterben und Legatare bey der Theilung ſich gemeinſchaftliche Forderungen cediren. Hier gilt die Ceſſion auch für einen geringern Preis, um die Unbequemlichkeiten der theilweiſen Einforderung und Bezahlung zu umgehen [21]). II. Wenn die Ceſſion zur Tilgung einer Schuld in ſolutum, oder zur Schützung des Beſitzes geſchieht. Z. B. wenn ein jüngerer Pfandgläubiger ſich das Pfandrecht des ältern, um gegen dieſen gedeckt zu ſeyn; oder der Beſitzer einer mit einer Hypothek beſchwerten Sache ſich die Forderung des Pfandgläubigers, um den Beſitz der Sache zu behalten, für einen geringern Preis abtreten läßt [22]). III. Wenn die Ceſſion eine reine Schenkung, oder ein Tauſch iſt. Denn nur auf den reinen oder mit einer Schenkung vermiſchten Kauf beſchränkt ſich die Anwendbarkeit der Anaſtaſianiſchen Conſtitution, auf andere Geſchäfte kann ſie nicht erſtreckt werden [23]). Juſtinian hob zwar

19) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 11. *de* CRAMER Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 287.

20) *L.* 22. *C. Mandati.* Verb. *Exceptis* etc. S. *Io. Ioach.* SCHOEPFER Diſſ. de ceſſatione Legis Anaſtaſianae. *Francof. ad Viadr.* 1684. rec. 1717. von Lindemann Abhandl. über die Frage: in welchen Fällen das Anaſtaſ. Geſetz keine Anwendung finde? Greifswald 1785. 3.

21) *L.* 2. *§. ult.* *L.* 3. *D. Famil. erciſc.* REINOLD Opuſcul. pag. 287.

22) *L.* 12. *§.* 6. *D. Qui potior. in pign.* *L.* 22. *Cod. de pignor.* MEVIUS P. IV. Deciſ. 114. SCHOEPFER cit. Diſſ. Cap. III. nr. 3. et 18. BACH cit. Diſſ. §. 6. REINOLD Opuſc. pag 288.

23) Thibaut Syſt. des Pand. R. 1. B. §. 80.

zwar in einer neuern Verordnung, deren Inhalt Cujaz 24) aus den Baſiliken wieder hergeſtellet hat, alle die vom Kr. Anaſtas in ſeiner Verordnung gemachten Ausnahmen wieder auf. Allein dieſe Conſtitution, welche jetzt in der Gothofrediſchen und Spangenbergiſchen Ausgabe als die *L. ult. Cod. Mandati* erſcheint, gehört zu den nicht gloſſirten Geſetzen des Codex, welche in Deutſchland keine gerichtliche Auctorität haben 25). Uebrigens aber läßt ſich der heutige Gebrauch der Lex Anaſtaſiana mit Grund nicht beſtreiten 26), wiewohl verſchiedene Rechtsgelehrten 27) anderer Meinung ſind. Denn der Grund des Geſetzes findet auch noch jetzt Statt; und die in den Schriften der practiſchen Rechtsgelehrten allenthalben vorkommenden Rechtsſprüche beweiſen den lebhaften Gebrauch dieſes Geſetzes 28). Nur bey der Indoſſirung der Wechſel erlaubt die den Römern unbekannte Strenge des heutigen Wechſelprozeßes die Anwendung deſſelben nicht 29).

24) Obſervat. Lib. XVI. cap. 16.

25) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 71.

26) LAUTERBACH l. c. §. 79. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCIII. med. 1. et ad *Eundem* MÜLLER in Obſervation. pract. Tom. II. Faſc. II. Obſ. 423. Joh. Chriſt. Konr. Schröter vermiſchte juriſt. Abhandlungen 2. B. S. 23. f.

27) *Chriſt.* THOMASIUS in Diſſ. de aequitate cerebrina et exiguo uſu practico Legis Anaſtaſ. *Halae 1717.* u. HOMMEL Rhapſod. quaeſtion for. Vol. IV. Obſ. 531.

28) CRAMER Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 287. *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſ. P. I. Reſp. 9. et Reſp. 26. n. 8. Putters auserleſ. Rechtsfälle 3. B. 3. Th. Reſp. 302. nr. 31.

29) LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Specim. CCIII. medit. 4. et 5. u. Rahn über die Unzuläßigkeit der Einrede des Anaſtaſ. Geſetzes gegen Wechſelforderungen. Braunſchweig 1802. 8. Man ſehe jedoch *Chriſt. Gottl.* RICCII Exercitat. in univ. ius cambiale. Ex. VI. Sect. II. §. 26—28. und Phil. Carl Scherer's Wechſelprozeß §. 99.

Berichtigungen.

S. 453. Not. 80. iſt ſtatt uſus, caſus, und
S. 458. §. 1024. Z. 3. ſtatt die Schuldner, der Schuldner zu leſen.

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich <<
von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein
Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 16,2

Erlangen (1815)

J.rom.c. 137-16,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565404-9
VD18 90225112